

Tilburg University

Oplichting

Hout, Pieter Johannes van den

Publication date:
1993

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hout, P. J. V. D. (1993). *Oplichting: Knooppunt van valsheid en bedrog.* [, Tilburg University]. Gouda Quint.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog

P.J. van den Hout



GOUDA QUINT

Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog



Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan de Katholieke Universiteit Brabant, op gezag van de rector magnificus, prof. dr. L.F.W. de Klerk, in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een door het college van dekanen aangewezen commissie in de aula van de Universiteit op vrijdag 5 november 1993 te 16.15 uur

door

Pieter Johannes van den Hout
geboren te Zwijndrecht



Gouda Quint BV
(S. Gouda Quint - D. Brouwer en Zoon)
Arnhem

1993

Promotor: Prof. mr. drs. W. Nieboer

Inhoudsopgave

I	Inleiding	1
1	Algemeen	1
2	Probleemstelling	3
3	Opbouw van de studie	3
4	Begrippenkader	4
4.1	Bedrog en valsheid in de omgangstaal	4
4.2	Bedrog en valsheid in de (straf)rechtstaal	6
II	Rechtsgeschiedenis	9
1	Inleiding; juridische etymologie	9
2	Romeins recht	10
3	Romeinsrechtelijke invloeden in West-Europa	16
4	Conclusies	28
III	Wetsgeschiedenis	29
1	Inleiding	29
2	Wetgeving in de negentiende eeuw	29
3	Beraadslagingen van Commissie-De Wal; de wetgever	31
3.1	Bedrog	31
3.2	Valsheid	36
3.3	De verhouding tussen valsheid en bedrog	40
3.3.1	Controverse tussen Pols en de overige leden	40
3.3.2	Intellectuele en materiële valsheid	43
3.3.3	Warenvervalsing — een uitzondering	45
3.3.4	Dolus-eis als onderscheidend criterium	46
3.4	Positie in het stelsel	47
3.5	De grenzen van het strafrecht	48
3.5.1	De eenvoudige leugen niet strafbaar	48
3.5.2	De oplichtingsmiddelen	49
3.5.2.1	Intern open, extern gesloten stelsel	49
3.5.2.2	De middelen afzonderlijk	51
3.6	Causaliteit	54
3.7	Wederrechtelijkheid	54
4	Novellen op het wetboek van strafrecht	56
5	Artikel 326a	57

IV	Rechtspraak en doctrine	63
1	Inleiding	63
2	De bestanddelen van oplichting	63
2.1	Algemeen	63
2.2	De middelen	64
2.2.1	Systematische betekenis	64
2.2.2	Inhoudelijke betekenis	66
2.2.3	Enige evaluerende opmerkingen	84
2.3	Iemand bewegen tot een bepaalde prestatie	86
2.3.1	Algemeen	86
2.3.2	De causaliteitsopvatting van de Hoge Raad	86
2.3.3	Toevoeging van schakels in de causale keten	91
2.3.4	Extra fysieke tussenschakels	93
2.4	Het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling	97
2.4.1	Het oogmerk	97
2.4.2	De wederrechtelijkheid van de bevoordeling	98
2.4.3	Oogmerk gericht op de wederrechtelijkheid?	103
2.5	Het resultaat	105
3	Poging	108
V	Hulp van andere disciplines	111
1	Inleiding	111
2	Informatietechnologie	112
2.1	Enkele definities	112
2.2	Betekenis van informatiedefinities voor strafrechtelijke begrippen 'bedrog' en 'valsheid'	114
2.3	Communicatieve factor bij bedrog en valsheid	116
3	Taalwetenschap: pragmatiek	117
4	Literatuurwetenschap	123
4.1	'Tekst'	123
4.2	Relevantie voor waakzaamheid	125
5	Enige conclusies	125
VI	Sociaal-economische verschuivingen en hun gevolgen voor bedrog	127
1	Inleiding	127
2	Veranderde interactiepatronen	128
3	Bewapening tegen bedrog	130
3.1	Bijzondere kwaliteit van bedrieger	130
3.2	Bijzondere kwaliteit van bedrogene	131
3.3	'De burger van gewone voorzichtigheid'	132
4	Waakzaamheidsplichten nader beschouwd	132
4.1	Inleiding	132
4.2	Justitieel beleid; consequenties voor oplichting	133
5	Bezinning op de rechtspraak inzake oplichting	137
5.1	Het bijzondere karakter van oplichting	137

5.2	Tendens in de huidige rechtspraak	140
5.3	Belang van het interactieve kader	141
5.4	'Vermaatschappelijking' van het strafrecht	143
5.5	Beleidsmatige overwegingen in de rechterlijke beslissing	144
5.6	De aard van de interactie	146
5.7	Het kostenaspect van controle	148
5.8	Een lichtpuntje in de rechtspraak	148
5.9	Opvattingen over waakzaamheid in de rechtsliteratuur	149

VII	Dogmatische aspecten	151
1	Inleiding	151
2	De middelen nader beschouwd; semantische en kwalitatieve grenzen	152
3	De kwaliteit of beweegkracht; relatie middel-oorzaak	154
4	Klassieke adequate veroorzaking is hier inadequaat	156
5	Een meer individualiserende benadering nodig	157
6	Verwijtbestanddelen	159
6.1	Dolus in artikel 326	159
6.2	Dolus-begrip en dolus-bewijs	160
6.3	Het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling	161
6.3.1	De wetgever van 1881; oogmerk en 'kenlijk doel'	161
6.3.2	Moderne gedragingsopvatting	162
6.3.3	Eliminatie van oogmerk	164
6.4	Impliciete dolus	167
7	Wederrechtelijkheid — een tussenweg	168

VIII	Nabeschouwing en vooruitblik	169
1	Inleiding	169
2	'Gematerialiseerde' valsheid wint terrein	169
3	Fricties tussen praktijk en dogmatiek	171
4	Restauratie van de wettelijke rubrieken van valsheid en bedrog	172
4.1	Wetsconcurfus en opportuniteitsbeginsel	172
4.2	Voorstellen tot alternatieve rubricering (wetsvoorstel 21 186)	174
4.3	Een kritische noot bij wetsvoorstel 21 186	175
5	Een voorstel voor een nieuw artikel 326	177

Samenvatting	179
---------------------	-----

Zusammenfassung	183
------------------------	-----

Lijst van aangehaalde literatuur	187
Zakenregister	195
Jurisprudentieregister	203

Inleiding

1 Algemeen

Ongemerkt verwijderd het wijfje van de kleine plevier¹ zich van haar nest als een vos, op zoek naar een lekker hapje, nadert. Nadat ze zich enkele meters heeft verwijderd, simuleert ze opvallend een gebroken vleugel en probeert onhandig weg te vluchten, uit de richting van het nest. De vos meent hierdoor een gemakkelijke prooi waar te nemen en zet de achtervolging in, met als gevolg dat de aandacht van het nest en de eieren wordt afgeleid. Als nog slechts een korte afstand tussen de vos en het pleviertje rest, blijkt (uiteraard) dat de vleugels uitstekend functioneren. Het doel van het waadvogeltje is inmiddels bereikt en Reinaart krijgt een koekje van eigen deeg.

In de natuur is misleiding schering en inslag. De wandelende tak spreekt, om nog maar een voorbeeld te noemen, wat dit betreft boekdelen. De misleiding heeft alles te maken met conflicterende belangen. Vandaar dat de onderlinge informatie-uitwisseling tussen roofdier en prooi per definitie volstrekt onbetrouwbaar is, terwijl dat in andere situaties, bijvoorbeeld tussen ouders en jongen, juist niet het geval is. De signalen die de kleine plevier een paar weken later aan haar jongen geeft als Reinaart zich weer laat zien, zijn per definitie volstrekt betrouwbaar. Maar ook bijvoorbeeld twee werksters uit een kolonie van de honingbij geven elkaar volkomen betrouwbare informatie. Zij zijn immers voor hun reproductieve succes volledig aangewezen op dezelfde koningin. Hun belangen zijn identiek.

De menselijke communicatie bevindt zich, afhankelijk van de sociale omstandigheden, misschien wel tussen deze twee uitersten in. Iemand die altijd de waarheid vertelt is even onaangepast, als de dwangmatige leugenaar. Eerlijkheid zal in de meeste situaties een deugd zijn, maar kan onder omstandigheden evenzeer een stommitieit zijn. Misschien zegt het spreekwoord juist om die reden dat alleen kinderen en dronken mensen de waarheid spreken. Beide groepen zijn zich immers niet bewust van de strategische implicaties van hun uitingen.²

1 Een kievit-achtig vogeltje dat broedt bij zoet water, meestal op zand en kiezels, soms op gedroogde modder. Latijnse naam: *Charadrius dubius*.

2 Veel van de gegevens van dit inleidende gedeelte zijn ontleend aan een artikel van F. Roes in NRC Handelsblad van 30 juli 1992.

Zowel in het burgerlijke als in het strafrecht heeft de wetgever grenzen getrokken tussen geoorloofde en ongeoorloofde misleiding. De onderhavige studie spitst zich toe op het strafrecht. Mensen kunnen elkaar op tal van wijzen op het verkeerde been zetten.³ De omgangstaal heeft voor de familie van misleidende gedragingen tal van termen. Leugen, list, valsheid en bedrog is maar een bescheiden greep daaruit. Deze studie houdt zich in het bijzonder bezig met de termen valsheid en bedrog, omdat de wetgever zich in het wetboek van strafrecht van 1886 van deze termen heeft bediend om twee juridische categorieën van strafbare feiten te onderscheiden.

Het terrein van valsheid en bedrog is de laatste jaren volop in beweging. Ik wijs op de werkzaamheden van de Interdepartementale Stuurgroep Misbruiken Oneigenlijk gebruik (ISMO) op het gebied van belastingen, sociale zekerheid en subsidies.⁴ Die werkzaamheden hebben geleid tot voorstellen om het strafrechtelijk instrumentarium beter geschikt te maken om fraude tegen de overheid tegen te gaan. Daartoe werd onder meer het functioneren van de artikelen 225 en 326 tegen het licht gehouden.⁵ Over het functioneren van artikel 225 als zodanig en in relatie tot artikel 326 heeft F.C. Bakker vervolgens een proefschrift geschreven.⁶ Deze studie is een belangrijke inspiratiebron geworden voor latere wetsvoorstellen, waarvan er één reeds tot een wetwijziging heeft geleid (Wet van 4 juni 1992, Stb. 287). Deze heeft in het bijzonder betrekking op de uitbreiding van artikel 225 tot 'afleveren of voorhanden hebben' van valse of vervalste geschriften.

Daarnaast heeft men zich bezonnen op de strafbaarstellingen van uitkerings- en heffingsfraude in bijzondere wetten. Ook op het terrein van de sociale zekerheid heeft de wetenschap een uitgebreide studie voortgebracht: de dissertatie van J.M. Verheul over fraude en misbruik in de genoemde sector.⁷

In het licht van de rijke belangstelling die het verschijnsel 'fraude' geniet en tegen de achtergrond van de reeds verrichte positiefrechtelijk georiënteerde onderzoeken, heb ik gemeend dat het nuttig is om in de eerste plaats helderheid te verschaffen in de familie van gedragingen die naar de wettelijke rubrieken worden aangeduid als 'bedrog' en 'valsheid'. Aangezien Bakker een degelijke studie heeft verricht over valsheid in geschrift en het mij niet zinnig leek diens stappen na te lopen, is het accent komen te liggen op het misdrijf oplichting. Deze keuze lag temeer voor de hand gezien het feit dat sinds de dissertatie van Duisterwinkel uit 1948⁸ over dit onderwerp geen proefschrift meer is verschenen.

3 Zie de uitgebreide en beeldende studie van Zeegers, De oplichter.

4 Het hoofdrapport van deze stuurgroep is verschenen in april 1981. Een selectie van de meest belangrijke delen van dit rapport is neergelegd in H. Sleurink, Hoe fraude de samenleving bedreigt.

5 Zie voor een overzicht K II, 1988-1989, 21 186, nr. 3.

6 Bakker, Valsheid in geschrift.

7 Verheul, Fraude en misbruik in de sociale zekerheid.

8 Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht.

2 Probleemstelling

Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog. De term ‘knooppunt’ is gebruikt omdat hij wijst op een punt van samenkomst: in deze studie gaat het om een punt (te weten oplichting) waar valsheid en bedrog elkaar ontmoeten. Tevens kan men ‘knooppunt’ evenwel figuurlijk opvatten, en wel als knelpunt, bron van moeilijkheden. Dit wijst op de vervlechting in taal en recht van de begrippen ‘valsheid’ en ‘bedrog’ en de wetssystematische problemen die daarmee samenhangen.

Deze verhouding tussen valsheid en bedrog vormt het uitgangspunt van waaruit de studie wordt opgezet. Het onderzoek richt zich primair op bedrog en meer in het bijzonder oplichting (artikel 326). Dit delict is door de wetgever opgevat als het prototype van bedrog. Bedrog kan evenwel niet los worden gezien van valsheid. Niet alleen zijn de beide begrippen taalkundig nauw verwant, ook in het recht zijn zij onlosmakelijk verbonden. Voor de betekenis van bedrog in het algemeen en oplichting in het bijzonder is het dan ook nuttig en noodzakelijk valsheid te behandelen.

Op basis van deze systematische onderbouw, zal het positieve recht worden besproken. De nadruk zal liggen op de grenzen van de strafbaarheid wegens oplichting. Deze bespreking zal uitlopen op een bezinning op de rechtspraak aan de hand van enige dogmatische leerstukken.

De probleemstelling spitst zich toe op drie aandachtspunten:

- (1) Een systematische beschouwing over de verhouding tussen valsheid en bedrog in het strafrecht, in het bijzonder tot uiting komend in het bedrogsdelict ‘oplichting’;
- (2) Een crimineel-politieke bezinning op de strafbaarheidsgrenzen van oplichting;
- (3) Een dogmatische bezinning op het gebruik van (met name) de leerstukken van de causaliteit en de dolus bij oplichting.

3 Opbouw van de studie

Na een taalkundig overzicht van de begrippen ‘valsheid’ en ‘bedrog’ in de vierde paragraaf van dit hoofdstuk, zal in het tweede hoofdstuk de ontstaansgeschiedenis van de rubrieken valsheid en bedrog zoals die nu in het Nederlandse wetboek van strafrecht zijn opgenomen, worden geschetst.

Het derde hoofdstuk behandelt meer in het bijzonder de wetsgeschiedenis van valsheid en bedrog, waarbij de delicten valsheid in geschrift en oplichting centraal staan.

In het vierde hoofdstuk is de nadruk geheel komen te liggen op oplichting en zal de rechtspraak over dat misdrijf, aangevuld met opvattingen uit de doctrine, worden geanalyseerd. De kritische opmerkingen die in die bespreking zijn verweven zullen pas later (hoofdstukken zeven en acht) worden verwerkt in voorstellen tot wijziging. Het vijfde hoofdstuk presenteert een nadere uitdieping en verheldering van het fenomeen ‘bedrog’, uitgevoerd in het licht van de verwevenheid van valsheid en bedrog. Bij deze exercitie zal gebruik worden gemaakt van inzichten uit andere

disciplines. Onder meer om de strafrechtelijke inkleuring van valsheid en bedrog zichtbaar te maken zal de informatietechnologie te hulp worden geroepen. De pragmatiek (in het bijzonder de taalhandeling) biedt vervolgens een breder kader om karakteristieke aspecten van bedrog te verhelderen. Bijzondere eigenschappen van valsheid in relatie tot bedrog zullen aan de hand van het uit de literatuurwetenschap afkomstige begrip 'tekst' worden belicht.

Het zesde hoofdstuk bespreekt sociaal-economische verschuivingen die zich gedurende deze eeuw hebben voltrokken en hun gevolgen voor bedrog. De bevindingen vormen de aanzet voor een bezinning op de rechtspraak over oplichting.

In het zevende hoofdstuk worden enige dogmatische aspecten onder de loep gelegd. De rol die de leerstukken van de causaliteit en de *dolus* vervullen bij oplichting staat hierbij in het middelpunt.

Met het achtste hoofdstuk wordt het boek afgesloten. Het vormt enerzijds een nabeschouwing en anderzijds een vooruitblik. Het laatste impliceert een enkele kritische noot over de in het vooruitzicht gestelde regeringsvoorstellen inzake valsheid in geschrift in relatie tot oplichting.

4 Begrippenkader

4.1 Bedrog en valsheid in de omgangstaal

Bedrog en valsheid vormen twee termen en twee begrippen. Overeenkomsten lijken aanwezig, maar ook verschillen. In het kader van het dagelijkse spraakgebruik lijken de overeenkomsten meer in het oog te springen dan de verschillen. Menigeen denkt bij beide begrippen meteen aan oneerlijkheid en onbetrouwbaarheid. Belicht men de juridische kant dan valt al gauw de term 'fraude' als vlag die de gehele lading moet dekken. Deze sociale definitie is wegens zijn grote vaagheid en onvastheid⁹ voor het juridische gebruik ongeschikt. En wat, gelet op de heersende opvatting over de betekenis van de artikelen 16 Grw en 1 Sr, van meer gewicht is: de wetgever maakt van de term geen gebruik. Dit zal in de onderhavige studie evenmin worden gedaan. Niettemin is het interessant te zien hoe 'fraude' door verschillende schrijvers wordt gedefinieerd, met name daar waar de termen bedrog en valsheid in de definitie worden verwerkt. Verheul schrijft daarover: "Onder fraude is te verstaan: het op bedrieglijke wijze bij anderen opwekken van onjuiste voorstellingen door middel van verkeerde mededelingen, verzwijging, manipulatie van informatie of andere kunstgrepen. De strafwet geeft geen begripsomschrijving maar naar heersende opvatting omvat fraude in die context zowel valsheid als bedrog. (...) Het onderscheid is overigens weinig scherp. Ook bedrog (naast valsheid, PJH) is onwaarachtig en tast eveneens het maatschappelijk vertrouwen aan, terwijl valsheid op haar beurt eveneens bedrieglijk is.

⁹ Zie hierover: C.H. Brants, K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude*.

Fraude is dan ook zeer wel te omschrijven als 'valsheid en ander bedrogsgedrag' of als 'bedrog en ander valsheidsgedrag'.¹⁰

Homburg schrijft hierover: "De term fraude verwijst naar een veelvormig scala van delicten. Een gemeenschappelijk element is dat fraudeurs onjuiste of onvolledige informatie verschaffen aan slachtoffers of derden, waardoor deze financieel worden benadeeld. Een element van bedrog is daarbij van wezenlijk belang."¹¹

Slaan we de Van Dale erop na, dan doemt vooral van het begrip 'vals' een breed scala van betekenissen op. Een grove structuur kan hierin worden aangebracht. Allereerst kan 'vals' een karaktertrek of een wijze van gedragen beteken. Het duidt dan op 'onoprecht, niet eerlijk' of 'met een bedrieglijk oogmerk'. Een 'valse speler', waarbij het gaat om iemand die vals speelt, dus een gedraging verricht, is hiervan een voorbeeld. Vervolgens kan het een eigenschap van zaken aanduiden, hetzij mét de begeleidende gedachte aan een bedrieglijk oogmerk (nagemaakt, vervalst), hetzij zonder de associatie met een dergelijke bedoeling (nagemaakt ter vervanging van het originele produkt, kunstmatig, onecht). Voorbeelden zijn respectievelijk 'vals geld' en 'valse tanden'.¹²

Bij valsheid wordt in het 'gewone' Nederlands¹³ het grondwoord gevormd wordt door het *bijwoord of bijvoeglijk naamwoord* 'vals' (bij bedrog is het grondwoord een werkwoord, te weten 'bedriegen').

Het voorgaande neemt overigens niet weg dat 'vals' —waar het bijwoordelijk wordt gebruikt— een werkwoord *nader* kan *bepalen*. Met het voorbeeld 'vals spelen' werd dit reeds aangegeven. Bovendien kan 'vals' wel worden *herleid* tot een werkwoord, te weten 'vervalsen', dat in de eerste plaats 'vals maken' betekent. 'Vervalsen' dekt echter niet de volledige betekenis van 'valsheid'. 'Vervalsen' staat meestal in verband met een bepaald voorwerp dat vervalst wordt. Valsheid kan echter ook het resultaat zijn van het produceren van een entiteit uit het niets, bijvoorbeeld het vervaardigen van een vals paspoort (in tegenstelling tot het vervalsen van een reeds bestaand exemplaar).

Valsheid behoeft echter niet noodzakelijk betrekking te hebben op een voorwerp. De term kan ook in een niet-stoffelijke zin worden gebruikt, bijvoorbeeld waar het gaat om een valse hoedanigheid of een valse naam. Tevens kan gedacht worden aan het vervalsen van concurrentie, waarbij het begrip de betekenis heeft van 'op ongerechvaardigde wijze ongelijk maken'. Net als werkwoorden als 'verbreden', 'verdiepen', 'verhogen', 'verengen' is 'vervalsen' echter (zoals gezegd) een afgeleide van een grondwoord, te weten 'vals'.

Tenslotte wordt als belangrijk onderscheidend kenmerk gewezen op het volgende. Waar 'vals' voorkomt in het werkwoord 'vervalsen' of de samenstelling 'vals

10 Verheul, Fraude en misbruik in de sociale zekerheid, p. 33.

11 G.H.J. Homburg, Bestrijding en preventie van fraude, p. 9.

12 Tenslotte is er nog een aantal andere betekenissen, waaronder de muzikale en een aantal minder gangbare, welke verder buiten beschouwing worden gelaten.

13 Later (II.1) zal blijken dat er tevens een Latijnse achtergrond is.

(op)maken' staat het doorgaans in (een nauw of meer verwijderd) verband met een *voorwerp* (dat vervalst wordt etc.), terwijl 'bedriegen' betrekking heeft op een *persoon* (die bedrogen wordt).

'Bedrog' komt van het *werkwoord* 'bedriegen' (en niet, zoals valsheid, van een bijwoord of bijvoeglijk naamwoord). De meest gangbare betekenis hiervan is '(iemand) door list of leugen in dwaling doen verkeren en daarvan te zijnen nadele gebruik maken, hem misleiden'. 'Bedrog' kan voorts betekenen 'datgene waardoor men misleid wordt' maar ook 'leugenachtige, bedrieglijke woorden'. Uit de laatste betekenis mag overigens niet worden afgeleid dat bedrog een louter *verbale* aangelegenheid is. Het kan evengoed gaan om houdingen, gebaren, geuren en kleuren enzovoort.¹⁴

De bondige slotsom is dat de betekenissen van valsheid en bedrog in de omgangstaal in elkaar overvloeien, maar toch ook weer niet volkomen samenvallen, niet in de laatste plaats omdat de 'vals'heid niet per se een benadeelde of een te benadelen persoon begripsmatig omvat.

4.2 Bedrog en valsheid in de (straf)rechtstaal

Valsheid kan zowel zelfstandig als in samenhang met bedrog voorkomen. Dit wordt vooral duidelijk vanuit de optiek van de in het strafrecht centraal staande 'menselijke gedraging'. 'Bedrog' laat zich vanuit dit gezichtspunt goed omschrijven als een 'bedriegende gedraging'. Voor valsheid gaat dit niet op. Het is immers een afgeleide van het grondwoord 'vals', een bijwoord of een bijvoeglijk naamwoord (en geen zelfstandig naamwoord of werkwoord). Dit kan een kwalificatie zijn van een voorwerp¹⁵, een 'gegevensdrager'¹⁶, een 'rol'¹⁷ of van een naam¹⁸.

De gedraging heeft bij 'valsheid' een andere positie dan bij 'bedrog'. Dit laatste verwijst, zoals gezegd, naar 'bedriegen' dat een gedraging *is*, terwijl valsheid weliswaar door gedragingen kan ontstaan maar zich *in principe*¹⁹ als een zelfstandig gegeven kan manifesteren, los van een gedraging. In die zin kan valsheid fungeren als een zelfstandige entiteit. De valsheid kan (vervolgens) in een bepaald handelingsplan worden *gebruikt*.²⁰ Welbeschouwd is het 'gebruiken', dat de wetgever onder vals-

14 Als voorbeeld van 'bedrog' kan nog genoemd worden 'dromen zijn bedrog'. Tevens kan men denken aan 'optisch bedrog', met de betekenis van 'misleidende gezichtsindruk, gezichtsbedrog'.

15 Bijvoorbeeld 'valse sleutels' en 'vals kostuum' (art. 138 lid 2; art. 202; art. 311 lid 1, 5°).

16 Dit kunnen zijn een geschrift in onder andere art. 225, muntenstukken en munt- en bankbiljetten in art. 208 e.v. en zegeld en merken in art. 216 e.v.).

17 Bijvoorbeeld de 'valse hoedanigheid' in art. 326.

18 De 'valse naam' in bijvoorbeeld art. 326.

19 Dit gaat niet altijd op. Juist de categorieën waarin de valsheid niet als zelfstandige entiteit kan worden opgevat, vormen overlappingen met bedrog.

20 Bij het opgeven van een valse naam vallen het creëren (aannemen) en het gebruiken (opgeven) van valsheid in de tijd meestal samen.

heid heeft gerangschikt, ten opzichte van valsheid een *bijkomende* gedraging, welke nauw lijkt samen te hangen met een 'bedriegende gedraging'. Bezien naar de door de wetgever gemaakte onderscheiding is het gebruiken van valsheid (bijvoorbeeld in de zin van art. 225 lid 2) evenwel een waarheidsschending op zichzelf waarbij (de richting van) het oogmerk niet terzake doet, terwijl de valsheid die is opgenomen in de bedriegende gedraging een *middel* is tot een verdergelegen (wederrechtelijk) doel.

Rechtsgeschiedenis

1 Inleiding; juridische etymologie

De worsteling die juristen door de eeuwen heen hebben gehad met de juridische begrippen valsheid en bedrog, komt tot uiting in het onderstaande historische overzicht. Hierbij moet bedacht worden dat een analyse van (rechts-)geschiedenis onvermijdelijk door eigentijdse ervaringsconcepten gekleurd is. Zij kan bijvoorbeeld moeilijk anders plaatsvinden dan aan de hand van begrippen van deze tijd.

De rechtshistorische ontwikkelingen van valsheid en bedrog, die hier overigens louter vanuit begripsmatige optiek worden behandeld, kunnen niet los worden gezien van hun taalkundige oorsprong. Een etymologische analyse van valsheid en bedrog toont een verschil in herkomst tussen beide begrippen. 'Vals' is afkomstig van het Latijnse 'falsus' dat de betekenis heeft van 'vals', 'onwaar', 'nagemaakt', 'leugenachtig'. 'Falsus' is afgeleid van het werkwoord 'fallere' waaraan de betekenissen van 'doen vallen', 'bedriegen', 'teleurstellen' en 'nabootsen' zijn verbonden.¹ Een van deze omschrijvingen, te weten het werkwoord 'bedriegen' benadrukt de verwevenheid met 'bedrog'. In tegenstelling tot het begrip 'vals' is bij 'bedrog' taalkundig geen Latijnse oorsprong traceerbaar. De oudste bronnen lijken zich te bevinden in de Germaanse talen, onder meer in het Oudnederfrankisch waar de term 'bedriegan' te vinden is.^{2/3} Het Middelnederlandsch Handwoordenboek⁴ geeft onder meer als omschrijving van 'bedriegen': (1) misleiden, (2) bedrieglijk veranderen, verkeerd voorstellen, vervalsen, (3) verschalken. Het onderstaande zal duidelijk maken dat het taalkundige verschil in herkomst samenhangt met de rechtshistorische oorsprong van de hier onderscheiden begrippen.

1 Van Dale, Etymologisch Woordenboek.

2 Middelnederlandsch Handwoordenboek, laatst bewerkt door C.H. Ebbinge Wubben.

3 Bovendien noemt Van Dale Etymologisch woordenboek het Oudindische woord 'druhyati', wat betekent: 'hij tracht te benadelen, is vijandig'; daarnaast 'druh' met de betekenis van 'boze geest, vijand'. Het Middelnederlandse 'droch' doet denken aan ons 'drog' wat we tegenkomen bij woorden als 'drogreden' en 'drogbeeld'. Ook: 'bedrieh': 'droom, gedrocht'.

4 Zie noot 2.

2 Romeins recht

Het verschil in herkomst van de begrippen valsheid en bedrog, zoals die in het wetboek van strafrecht functioneren, hangt tevens samen met rechtshistorische invloeden. Zo schemert in het begrip ‘falsus’ een Romeinsrechtelijke oorsprong door: het verwijst naar het toentertijd reeds gecodificeerde ‘crimen falsi’. Het falsum was onderwerp van strafbaarstelling in de aan het einde van de late republiek (367 v.C.-27 v.C.), te weten omstreeks het jaar 81 voor Chr., door dictator Sulla uitgevaardigde *lex Cornelia testamentaria nummaria* (later *lex Cornelia de falsis* genoemd). Het falsum had aanvankelijk uitsluitend betrekking op munten en testamenten.⁵ Van afbakenende algemene begripsomschrijvingen van falsum in deze periode blijkt niets.⁶ Falsum werd heel formeel beschouwd: falsum was eenvoudig dat wat in de *lex Cornelia de falsis* en in de aanvullingen daarop was geregeld.⁷ Wat de precieze omvang van het begrip falsum is geweest, zullen we wel nooit te weten komen, zo stelde Kempermann met zoveel woorden.⁸ Dit neemt overigens niet weg dat de ontstaansgeschiedenis van het falsum als delictsvorm (in combinatie van een aantal hierna aan de orde komende ontwikkelingen) belangrijke gezichtspunten kan aandragen voor de verklaring van de huidige dogmatiek van bedrog en valsheid.

Wat de munten betreft hield de strafbaarstelling van het falsum verband met de bescherming van het in de vaste waarde van het geld te stellen openbaar vertrouwen. Bovendien gold dit falsum als delict tegen de staat, vanwege het belang dat deze had bij een beheersbare nominale waarde van het geld met het oog op haar financiële huishouding. Het geld vormde immers ook toen reeds de maatstaf voor de waarde van alle goederen.⁹ De strafbaarstelling van het falsum bij testamenten had te maken met de belangrijke plaats die het testament innam in de op familieverbanden gebaseerde staats- en maatschappelijke ordening. Het aan de orde zijnde falsumsdelict kon een verstrekkende verandering in die orde bewerkstelligen. Aan beide vormen van falsum (in munten en testamenten) was dus zowel het staatsbelang betrokken als de openbare orde en als aspect daarvan het openbaar vertrouwen (*publica fides*). Met name aan het ideële maatschappelijke belang gelegen in de *publica fides* (de trouw als eerbiedwaardige deugd) werd grote betekenis toegekend.¹⁰ Aan de twee genoemde rubrieken die in de *lex Cornelia de falsis* waren opgenomen zijn in later tijden geleidelijk aan

5 Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 669.

6 Wel was aan de genoemde wet een vaste procedure voor vervolging en bestraffing verbonden (Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht*, p. 11).

7 Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 667; Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1937, p. 127.

8 Zie Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937.

9 Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 327 e.v.

10 Ortloff, *Lüge, Fälschung, Betrug*, p. 84-85; Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, p. 127; Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 328, 329.

verschillende categorieën toegevoegd. Aan de overzichtelijke typering van gedragingen die tot dusverre in deze wet waren strafbaar gesteld, werd een aanmerkelijke verruiming gegeven.

De aanzet tot deze uitbreiding werd gegeven door een aantal senaats-¹¹ en keizerlijke besluiten welke aan de falsa de zogenaamde 'quasi falsa' toevoegden.¹² Bij verschillende delictskwalificaties trad het vermogensaspect sterk op de voorgrond; in enkele gevallen zelfs zo sterk dat schending van de fides publica naar de achtergrond verdween. Grofweg werden de volgende rubrieken strafbaar gesteld:

- (a) Delicten met betrekking tot testamenten en oorkondes
- (b) Delicten met betrekking tot munten
- (c) Proces- en advocatendelicten
- (d) Delicten met betrekking tot familierechtelijke betrekkingen
- (e) Delicten met betrekking tot maten en gewichten¹³

Deze uitbreiding van gevallen in de genoemde wet, die zoals gezegd, gepaard ging met het uitblijven van een —boven de opsomming van specifieke gevallen uitstijgende— omschrijving van het (juridische) begrip 'falsum' is maatgevend gebleken voor de onvastheid van in de loop der eeuwen opgestelde definities.¹⁴ Dit houdt tevens verband met de (niet-juridische) taalkundige betekenis van falsum: zowel valsheid als bedrog vallen daaronder. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat het uitdijen van het delict falsum geschiedde in een periode dat een zelfstandige kwalificatie van bedrog nog niet bestond (die kwam pas vele eeuwen later). Vele gedragingen die we nu bedrieglijk zouden noemen werden als ze niet volgens het crimen falsi werden vervolgd, met de private strafactie wegens diefstal (furtum) afgedaan.¹⁵ Afgrenzingsproblemen ten opzichte van een zelfstandige kwalificatie 'bedrog' konden dus geen punt van overweging zijn.

Toen in de nadagen van de Republiek in Rome de fiducia (goed vertrouwen), die in het oude Rome zo hoog stond aangeschreven, in het maatschappelijk verkeer steeds minder als eerbiedwaardige deugd werd beleefd en consumentistische tendenzen hun intrede deden, kreeg men te maken met een aantal meer verfijnde arglistige en misleidende¹⁶ (handels)praktijken¹⁷ die niet meer op basis van de —met quasi falsa uitge-

11 De zogenaamde 'senatus consulta' —in adviserende vorm geredigeerde besluiten, genomen door de 'Raad van ouden' (Kunkel, *Geschiedenis van het Romeinse recht*, p. 32-33).

12 Orloff, *Lüge, Fälschung, Betrug*, p. 89.

13 Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 670 e.v.

14 Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 670. Duidelijk blijkt dit uit de definitie die Julius Paulus in zijn aantekeningen bij de Lex Cornelia op testamenten heeft opgesteld van 'falsum': "Falsum est, quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur" (Vals is alles wat niet op waarheid berust, maar stellig als waar wordt beweerd", *Pauli Sententiae* [V, 24, 1]). Zie Spruit en Bongenaar in Gaius en Paulus, p. 202, 203).

15 Jescheck/Ruß/Willms, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, aant. 1a bij par. 263.

16 Een nauwkeurige omschrijving van deze gedragingen is niet te geven. Daarom volsta ik met deze 'containerbegrippen'. Ik abstraheer daarbij van de in een later stadium te geven omschrijvingen van bedrog en valsheid.

breide— *lex Cornelia de falsis* konden worden bestraft. Enerzijds was er de strakke omlijning van de in deze wet opgenomen *falsa*. Anderzijds waren de bedoelde gedragingen niet van een dusdanige ernst dat men bestraffing op grond van de *lex Cornelia de falsis* rechtvaardig vond.¹⁸

Daarnaast kende men de *actio doli*, een van de op een praetorisch edict steunende verbintenissen uit ongeoorloofde handeling.¹⁹ Op grond hiervan werd een actie toegerekend aan hem die schade had geleden door bedrieglijke of anderszins opzettelijke, ter benadeling van een ander gepleegde handelingen.²⁰ De *actio doli* was vanuit civielrechtelijk oogpunt een zwaar middel. Het rechtsgevolg van een toegewezen actie was namelijk naast schadevergoeding tevens bestraffing met ontering.²¹ Het laatste doet in ons perspectief veeleer aan een strafrechtelijke ingreep denken.

De *actio doli* had een *subsidiar* karakter: zij werd alleen toegepast waar geen andere actie hulp verleende.²² Deze actie functioneerde toereikend in een samenleving waarin waarachtigheid en eerlijkheid hoog aangeschreven deugden waren en een oneerlijke, trouweloze gedraging als een misstap, een kwalijk incident werd beschouwd. Maar de *actio doli* ging te kort schieten toen de moraal van de late Republiek (zie boven) haar niet langer steunde.²³

Dit gold al helemaal voor de *berisping door de censor*.²⁴ Alleen al gezien de afgenomen achting voor de eerlijkheid en betrouwbaarheid in het handelsverkeer kan worden aangenomen dat de *berisping* in haar afschrikwekkende werking niet toereikend kon zijn.

- 17 Het ging hier bijvoorbeeld om het door misleiding afhandig maken van goederen (Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 152).
- 18 Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 151.
- 19 Voorbeelden van andere acties zijn: Allereerst de *actio quod metus causa*. Deze actie werd gegeven aan hem die door bedreiging met enig belangrijk kwaad tot het verrichten van een voor hem nadelige handeling is bewogen. Vervolgens de nog steeds actuele *actio Pauliana*. Modderman omschrijft deze als volgt: "Heeft een schuldenaar met de bedoeling de rechten zijner schuldeisers te verkorten, een deel van zijn vermogen vervreemd, dan geeft de Praetor bij faillissement aan de curator eene actie (*actio Pauliana*), niet alleen tegen de schuldenaar, maar ook vooral tegen de derde, te wiens behoeve de vervreemding heeft plaatsgehad - mits die derde de bedrieglijke bedoeling der handeling kende (Modderman, Handboek voor het Romeinse recht, deel III, p. 153 en 156).
- 20 Modderman, Handboek voor het Romeinse recht, deel III, p. 154; Ankum/Hartkamp, Romeinsrechtelijk handwoordenboek.
- 21 De ontering (infamie of eerloosheid) was een rechtsinstituut dat inhield dat men bepaalde bevoegdheden werd ontzegd, bijvoorbeeld het uitoefenen van het beroep van advocaat. De ontering werd tengevolge van een met succes ingestelde actie tenuitvoergelegd, in sommige gevallen zelfs zonder vonnis. Ankum/Hartkamp, Romeinsrechtelijke handwoordenboek (onder 'infamia'); Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 152; Modderman, Handboek voor het Romeinse recht, deel III, p. 154.
- 22 Modderman, Handboek voor het Romeinse recht, p. 154.
- 23 Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 152; Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1937, p. 128; Escher, Die Lehre von dem strafbare Betrüge und von der Fälschung, p. 79.
- 24 Escher, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, p. 79; Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 150. Wat de taakstelling van de censor betreft, zie Kunkel, Geschiedenis van het Romeinse recht, p. 31.

Het antwoord op de vraag hoe de ontstane leemte uiteindelijk werd opgevuld, moet vanuit een wat breder historisch perspectief worden gegeven. De basis moet gelegd worden in de provincie. De inwoners van de provincie werden als slaven bejegend. In de rechtspleging te hunner aanzien kwam dit tot uitdrukking.²⁵ De in het oude Rome als deugd zo hoog aangeschreven fiducia werd in de provincie niet als zodanig beleefd. Deze omstandigheid is, naast de groei van verkeer en kapitaal, een van de oorzaken geweest van een toenemende bedreiging van met name het handelsverkeer door oplichters en dergelijke.²⁶ De Romeinen achtten een benadering met afschrikken-de werking noodzakelijk. Zij besloten tot de invoering van lijfstraffen²⁷ en de toedeling aan de stadhouders van een ruime discretionaire bevoegdheid bij de uitoefening van hun rechtsprekende taak.²⁸ Onder deze *buitengewone* strafrechtspleging werden de bedrieglijke en anderszins doleuse handelingen onder de naam '*stellionatus*'²⁹ (crimen extraordinarium *stellionatus*) bestraft.

In de vroege keizertijd (27 v. C.-300) werd in Rome, in reactie op de met de decadentiesamenhangende criminogene ontwikkelingen, het crimen *stellionatus*—dat dus al enige tijd in de provincie functioneerde— geïntroduceerd. Het vond zijn inbedding in een reeds bestaande buitengewone rechtspleging (*iudicia extraordinaria*)³⁰ die gericht was op de behandeling van buitenwettelijke of buitengewone klachten.³¹ Over de vraag of het hierbij ging om een naar objectieve en subjectieve kenmerken afgebakend vermogensdelict³², of dat het crimen *stellionatus* niet meer dan een vage restcategorie van elders niet te rubriceren gevallen betrof³³, bestaat in de literatuur geen brede overeenstemming.³⁴ Het buitengewone karakter van de rechtspleging en

25 De vrije burgers in de stad Rome waren aan een rechtspleging onderworpen waarbij de erkenning van hun hogere waarde als burger tot uitdrukking werd gebracht in beschermende bepalingen (meer accusatoir). Voor de ten dele barbaarse en arme rest van de bevolking achtte men deze rechtpleging zowel ontoereikend als ongepast (meer inquisitoir). Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 78; zie ook Bijbel, *Handelingen* 16: 37 en 22: 15-29.

26 Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, p. 128.

27 De eer- en geldstraffen, die in het oude Rome voldeden, werden voor de provincies niet toereikend geacht. Daar komt bij dat de bedoelde veelheid van bedrieglijke gedragingen in toen nog niet in Rome voorkwam (Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 79).

28 Kunkel, *Geschiedenis van het Romeinse recht*, p. 54 e.v.

29 De term '*stellionatus*' is afgeleid van '*stellio*', wat de benaming is van de gevlekte sterhagedis (*lacerta stelliata*). Het begrip houdt een verwijzing in naar de (vermeende) eigenschappen van dit dier: geheimzinnigheid, veinzerij, schadelijkheid, ongrijpbaarheid door behendigheid en vijandigheid ten opzichte van mensen (Ortloff, *Lüge, Fälschung, Betrug*, p. 153).

30 De reguliere rechtspleging in de nadagen van de Republiek en in de vroege keizertijd (de '*ordo iudiciorum publicorum*') onder dictator Sulla en later onder keizer Augustus, kenmerkte zich door definiëring van de delicten, vaststelling van een procedure en vastlegging van de straffen. De procedure *extra ordinem* was daarvan een afwijking. Deze afwijking kon tot uitdrukking komen hetzij in de aard van de bestraffing of van het delict (crimen *extra ordinem*), hetzij in de rechtsprekende instantie (Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 193, 194).

31 De *persecutio crimen stellionatus* kon dus uitsluitend op klachte van het slachtoffer geschieden (Ortloff, *Lüge, Fälschung, Betrug*, p. 167).

32 Ortloff, *Lüge, Fälschung, Betrug*, p. 169.

33 Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 678.

34 Jescheck/Ruß/Willms, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, aant. 1a bij par. 263.

het aanvullende karakter van het crimen stellionatus, gevoegd bij de ruime discretionaire rechtsprekende bevoegdheid van de stadhouders, pleiten evenwel voor de gedachte dat het hier een open categorie van gevallen betrof.³⁵ De casuïstische omschrijvingen door de Romeinse juristen en de commentaren van de middeleeuwse juristen wekken dezelfde indruk. De formele component in de omschrijvingen van stellionatus is doorgaans meer afgebakend dan de materiële. De inhoudelijke omschrijvingen lijken te hebben gefunctioneerd als voorbeelden van gevallen die gewoonlijk onder stellionatus werden gerubriceerd.

Zoals later meer uitdrukkelijk aan de orde zal worden gesteld is een aantal schrijvers³⁶ mijns inziens bepaald te stellig in hun bewering dat stellionatus de voorloper is geweest van ons huidige strafrechtelijke bedrog. Het —weliswaar niet al te scherpe— beeld dat uit voorbeelden van stellionatus ontstaat, komt namelijk bepaald niet overeen met dat van ons huidige —als prototype van de bedrogsdelicten gepresenteerde— delict ‘oplichting’ (artikel 326 Sr). Als gevallen die in het bijzonder als stellionatus worden aangemerkt worden onder meer genoemd: de wederverkoop van een reeds verkocht goed, het verkopen, ruilen of tegen betaling geven aan iemand van een goed waar reeds een pandrecht ten opzichte van een ander op rust, zonder aan de daaraan gekoppelde verplichting te voldoen, het in pand geven van een goed dat hetzij aan een ander toebehoort, hetzij reeds aan een ander in pand is gegeven, het verbergen van handelswaar (bij voedseltekorten), het in ontvangst nemen van een betaling waar men geen recht op heeft en samenspannen om een ander te ruïneren.³⁷ Het merendeel, zo niet alle, van de genoemde gevallen komt eerder overeen met die gedragingen die de Nederlandse —en ook de Franse— wetgevers in hun civiele, niet hun strafrechtelijke wetgevingen hebben opgenomen. Typische gevallen die onder de huidige Nederlandse oplichtingsbepaling (en onder de Franse bepaling van ‘escroquerie’, dat voor oplichting model heeft gestaan) zouden vallen, vinden we in het Romeinse recht voornamelijk terug bij ‘furtum’. Voorbeelden zijn: het aannemen van een valse hoedanigheid en het uit kracht van deze handelen, het voorgeven van schade te hebben geleden door brand of schipbreuk teneinde zichzelf een ongeoorloofd

35 Aldus ook Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, p. 40, waar de schrijver met verwijzing naar Carpzovius opmerkt dat extra-ordinaire bestraffing mogelijk was, enerzijds wanneer de wet zelf de straftoemeting aan de rechter overliet en anderzijds voor gevallen die de wet niet noemde, maar de rechter niettemin strafwaardig achtte. Voor deze laatste gevallen gebruikte men als ‘generale vocabulum’ de term ‘stellionatus’.

36 Zie Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht*, p. 12 en minder expliciet: Simons, *Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht*, TvS V, p. 49; Noyon/ Langemeijer/Rommelink, *Het wetboek van strafrecht, aantekening 1 bij titel XXV*; Van Bemmelen, *De strafwetgever tegen de onwaarheid*, NJB 1938, p. 268.

37 Van der Keessel, *Praelectiones ad jus criminale (Lectures on criminal law)*, Vol. I, p. 459; Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 211; *Corpus Juris Civilis, Institutiones, Digesta*, bewerkt door Krueger en Mommsen, D.47.20.3.1. (p. 839). Schaffstein noemt met verwijzing naar Carpzovius nog een aantal voorbeelden die met bedrog niets te maken hebben: onzedelijk gedrag op een huwelijksplechtigheid, afsnijden van de galg, overdragen van de pest door het verlaten van een huis in strijd met een verbod daartoe (*Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, p. 40).

voordeel te verschaffen, het valselijk voorwenden van de hoedanigheid van lasthebber, eveneens om zichzelf een ongeoorloofd voordeel te verschaffen.³⁸ Dat gedragingstypes die wij nu onder oplichting zouden rubriceren destijds onder *furtum* werden gerangschikt, is niet verwonderlijk als men bedenkt dat de nadruk bij *furtum* niet zozeer lag bij het wegnemen van een goed, als wel bij de frauduleuze gedraging met de bedoeling voordeel te bewerken. In de definitie van Paulus, die door Matthaeus wordt aangehaald, komt dit tot uitdrukking. Ik geef de Engelse vertaling weer: "Theft is the fraudulent handling (of an article) for the sake of deriving gain, either of the thing itself or from the use or possession thereof. It is prohibited to do this according to the law of nature"³⁹

Het crimen *stellionatus* omvatte dus een rijke schakering van gevallen. Dit gegeven vindt men ook terug in Hollandse bewerkingen van het Romeinse recht zoals dat gelding had in de kolonie Zuid-Afrika. In zijn op dat Romeins-Hollandse recht betrokken (en van een Engelse vertaling voorziene) 'Praelectiones ad jus criminale' stelde Van der Kessel in dit verband: "The species of this crime which can be listed are almost endless".⁴⁰ Dit komt ook tot uiting in de omschrijving die deze schrijver in navolging van Cujacius (Paratitla, ad C.9.34) opstelde van *stellionatus*. Ik gebruik weer de vertaling: "Stellionatus (chicane) (...) is an extraordinary offence, under which were held liable persons convicted of rather wicked and serious fraud, deceit, dissembling and imposture, such as has no special name of its own as a crime". Voorts schrijft Van der Keessel, in aansluiting bij de Digesten (D.47.20.3.1.): "For just as for deceit a civil *actio doli* for recovery of the loss was granted, if other remedies were lacking, so for more serious fraud and deceit, or any other offence (accentuating, PJH) which has no special name, this extraordinary criminal prosecution which is called *stellionatus* was allowed."^{41/42} Ook al kunnen we, net als het *falsum*, over de precieze betekenis van het crimen *stellionatus* vermoedelijk geen helderheid meer

38 Matthaeus, De criminibus (On crimes), p. 48 e.v.; Rasch, Bijdrage tot de leer van bedrog en valscheheid, p. 39-40.

39 "Furtum est contrectatio fraudulosa, lucrificiendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturae aliud prohibuitur est admittere (...)" (D.47.2.1.3.) Zie Matthaeus, De criminibus (On crimes), p. 45.

40 Onder *stellionatus* werden blijkens de talrijke casuïstische beschrijvingen onder meer gevallen vervolgd die we nu bedrog zouden noemen, maar ook andere gedragingen waarbij vaak de kwade trouw dominant was, zoals verduistering en afpersing. Van der Keessel, Praelectiones ad jus criminale (Lectures on criminal law), p. 452. Dit boek is onderdeel van een serie die door deze schrijver in de laatste decennia van de achttiende eeuw in zijn hoedanigheid van hoogleraar in het privaatrecht te Leiden naar aanleiding van colleges over de Digesten van Justinianus zijn samengesteld.

41 Van der Keessel, Praelectiones ad jus criminale (Lectures on criminal law), p. 453.

42 Zie ook nog Ulpianus: "Stellionatus autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio." ("Maar men moet weten dat *stellionatus* zich voordoet, als er van 'dolos' sprake is, en er natuurlijk geen ander delict aan in de weg staat: wat in het privaatrecht de *actio doli* is, wordt in het strafrecht als *stellionatus* vervolgd.") (Corpus Iuris Civilis, Institutionis, Digesta, p. 839).

verkrijgen⁴³, de stelling dat het crimen stellionatus —mede gezien het nader te bespreken formele karakter— een open en onafgebakend ‘systeem’ was, lijkt plausibel.

Terugkomend bij het ‘zuivere’ Romeinse recht kan wat het formele karakter van het crimen stellionatus betreft, worden gewezen op de overeenkomsten met de actio doli. Zoals de actio doli door de preatoren pas later werd ingevoerd als buitengewoon civielrechtelijk middel voor gevallen waarbij geen andere klachtmogelijkheden voorhanden waren om tegen de geleden schade als gevolg van de betrokken gedragingen in het geweer te komen, zo ook werd het crimen stellionatus door de latere praktijk ingevoerd om misdadig geachte gedragingen te kunnen bestraffen die niet onder een specifieke strafwet konden worden gebracht. Had de actio doli een subsidiair karakter, dit gold ook voor het crimen stellionatus: een gedraging kwam uitsluitend onder zijn bereik indien daar niet een specifiekere strafrechtelijke kwalificatie op van toepassing was.⁴⁴

Het crimen stellionatus nam dus ten opzichte van het falsum slechts een subsidiaire, afgeleide positie in.⁴⁵ Maar niet in die zin dat zijn oorsprong terug te voeren zou zijn op een —casuïstische— aanvulling op alleen maar het falsum. Het crimen stellionatus is, zoals aan de orde is gekomen, als een *zelfstandige* delictscategorie buiten het falsum om tot ontwikkeling gekomen, als aanvulling op het toen bestaande geheel van delicten. Het vormde als ongeschreven en —vermoedelijk— open systeem het sluitstuk in de rechtspleging voor tal van bedrieglijke en andersoortige doleuse gedragingen die te ernstig waren om een actio doli toe te passen en niet op basis van de lex Cornelia de falsis konden worden vervolgd.

3 Romeinsrechtelijke invloeden in West-Europa

De fundamentele betekenis van het Romeinse recht voor een goed begrip van de dogmatische plaats van huidige wettelijke kwalificaties bedrog en valsheid, heeft aanleiding gegeven aan dat terrein wat meer aandacht te besteden. Aangezien deze studie niet een primair rechtshistorisch karakter heeft, zal ik volstaan met een weergave van een aantal in mijn ogen voor het kader van dit onderzoek relevante facetten uit de geschiedenis. De accentuering van het Romeinsrechtelijke tijdperk zal daarom gecontrasteerd worden met een betrekkelijk vluchtige kennisname van de periode tot aan de negentiende eeuw, met accenten op het in West-Europa gereciperde Romeinse

43 Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, p. 128.

44 Escher, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, p. 80; Mommsen, Römisches Strafrecht, p. 678 e.v.

45 Het subsidiaire karakter van het crimen stellionatus en de daarmee verbonden noodzaak tot respectering van de bestaande wetbepalingen in de lex Cornelia de falsis, gaven aanleiding tot de merkwaardige situatie dat vrijwel gelijke gevallen gescheiden van elkaar in de onderscheiden regelingen werden verwerkt. Zo kon het bijvoorbeeld voorkomen dat de verkoop van een reeds aan iemand verkochte zaak onder het falsum werd gerangschikt, terwijl de verpanding van een reeds verpande zaak als een crimen stellionatus werd aangemerkt (Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 160).

recht. De negentiende eeuw vormt op zijn beurt een belangrijke mijlpaal voor de ontwikkeling van de juridische begrippen bedrog en valsheid zoals we die nu kennen.

In de Oudgermaanse cultuur⁴⁶, waar het recht per stam verschild en bovendien personalistisch (louter gericht op de betrokken persoon, zonder bredere oriëntatie op een abstract regelstelsel) werd toegepast, hebben geen vaste definities van bedrog en valsheid bestaan.⁴⁷ Pas gedurende de Frankische periode⁴⁸ kwam een streven op naar unificatie en centralisatie van recht. De totstandgekomen rechtsoptekeningen zouden vanaf ongeveer 600 in toenemende mate bloot staan aan infiltratie van het Romeinse recht.⁴⁹ Dit vormde in de meeste West-Europese landen, vooral vanaf ongeveer 1500, een allengs wassende inspiratiebron voor de rechtspleging. Wat het strafrecht aangaat heeft de beïnvloeding door het Romeinse recht zich voornamelijk langs de lijnen van de wetenschap⁵⁰, en minder in de praktische rechtspleging, voltrokken.⁵¹ Was het 'Rechtsboek van Den Briel', door Jan Matthijssen rond de eerste jaren van de vijftiende eeuw op schrift gesteld, nog een zuiver inheems werk, door Christelijk en klassiek gedachtengoed geïnspireerd, de 'Praktijcke Criminele' van Philips Wielant uit omstreeks 1500 hadden duidelijk de invloed van het Romeinse —en het Canoniekrecht ondergaan.⁵²

Wielants omschrijvingen vormen een exponent van deze, met een verwetenschappelijking en meer logisch-abstrakte benadering van het recht gepaard gaande, beïnvloeding door het Romeinse en Canonieke recht.⁵³ Van een duidelijke onderscheiding tussen

46 De Germaanse periode duurde grofweg van het jaar 0 tot 500.

47 Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal Français*, p. 310; De Monté Ver Loren, Hoofdpijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling, p. 25.

48 Ongeveer van 500 -1000.

49 Bedacht moet worden dat, al waren de Nederlanden ten zuiden van de Oude Rijn gedurende de eerste vier eeuwen van onze jaartelling deel van het Romeinse Rijk, dit geen blijvende juridische gevolgen heeft gehad (De Monté Ver Loren, Hoofdpijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijk Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling, p. 19). Zie ook Heijder, Nullem crimen sine lege?, in: *Non sine causa*, p. 141.

50 Men kreeg een grotere wetenschappelijke belangstelling voor *algemene* regels van recht. Dit kan worden gezien tegen de achtergrond van het tijdens de renaissance opgekomen rationalisme dat uitging van het herleiden van allerlei zaken tot algemene wetten. Tegelijk kwam ook uit Zuid-Europa de wetenschappelijke rechtsbeoefening opzetten. Verschillende rechtsscholen werden opgericht. De Glossatoren in Bologna (1100-ca 1250), de Ultramontani in Orleans (1250-1340) en de Post-Glossatoren of Commentatoren in verschillende steden in Italië (1300-1500). De scholen hielden zich bezig met de uitlegging en bewerking van de Justiniaanse codificatie die ten tijde van diens keizerschap over het Oost-Romeinse Rijk (527-565) haar beslag heeft gekregen en met het —door Romeinsrechtelijke regels geïnspireerde— Canonieke recht. Kunkel, *Geschiedenis van het Romeinse recht*, p. 208 e.v.; Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, p. 16-21.

51 Van Binsbergen, *Poenaal panorama*, p. 91.

52 Wielant was dan ook, anders dan Matthijssen, met het aan de universiteiten gedoceerde geleerde recht bekend. De Monté Ver Loren, Hoofdpijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling, p. 193.

53 Een andere consequentie van de receptie van het Romeinse recht was de geringschatting en daardoor verdringing van het eigen inheemse recht. Zie De Monté Ver Loren, Hoofdpijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling, p. 237.

bedrog en valsheid zoals die door de wetgever van 1886 zou worden gemaakt kan bepaald niet worden gesproken. Wielant spreekt in zijn 'Practijcke Criminele'⁵⁴ zelfs louter van 'valscheijt'.⁵⁵ Hij schrijft: "Soe wie dolueselijck ende malicieuselijck verandert de waerachtichede om ijemandt te bedriegene committeert crisme van valscheijt." Vervolgens noemt hij vijf wijzen waarop 'valscheijt' gepleegd kan worden: 'bij consente' (bedrieglijke overeenkomst), 'bij monde' (valse aanklacht, getuigenis of oordeel), 'bij scrivene' (vervalsen of vals opmaken van akten), 'bij misbruijkene' (het maken of gebruikmaken van valse maten en gewichten en het wederrechtelijk voeren van titels en waardigheden) en 'bij verswijgene' (verduisteren van akten, verzwijgen van de waarheid).⁵⁶ De termen bedrog en valsheid zoals we die nu in onze omgangstaal kennen, werden onder de juridische kwalificatie 'valscheijt' verenigd. De invloed van de lex Cornelia de falsis met de daarin opgenomen falsa en quasi falsa loochende zich niet. En de eerdergenoemde omschrijving van Julius Paulus bleek nog niet aan actualiteit te hebben ingeboet.

De jurist Carpzovius, die, naar de woorden van Simons⁵⁷, met Joost de Damhouder de strafrechtspraktijk ten onzent beheerste, definieerde destijds het falsum als volgt: "Crimen falsi furto quoque simillimum est non pro specie furti habendum."⁵⁸ Het falsum werd aldus gezien als in het algemeen een aantasting van de waarheid. Om de kring van aldus strafbare gedragingen nog enigszins te beperken, voegde men de eis toe dat van schade of gevaar voor schade sprake was.⁵⁹ Berents⁶⁰ merkt over het gebruik van 'valscheijt' op: "Naast het wegnemen van bezittingen, in het geheim of openlijk, waren⁶¹ er een aantal vermogensmisdrijven die door de middeleeuwen 'valscheijt' werden genoemd. Dit woord betekende zowel bedrog als vervalsing (...). In het denken van die tijd liepen deze begrippen in elkaar over want in beide gevallen werd het onderlinge vertrouwen van mensen aangetast terwijl er ook aan een individu schade werd toegebracht."

Inmiddels moet bedacht worden dat in de Middeleeuwen, onder de invloed van het Romeinse recht, het stellionatus werd gebruikt ter aanduiding van die gedragingen welke weliswaar niet door de wet waren omschreven, doch niettemin door de rechter

54 Wielant, *Practijcke criminele*, p. 156 e.v.

55 De muntvervalsing is, beschouwd als majesteitsschennis, als afzonderlijk delict opgenomen. Zie Wielant, *Practijcke criminele*, p. 90.

56 De vrijwel identieke indeling die Joost de Damhouder in zijn 'Practijcke ende handbouck in criminele zaeken' geeft, moet aan plagiaat door De Damhouder worden geweten. Zie het betreffende boek van De Damhouder, p. 215 e.v. en het nawoord, alsmede het inleidende gedeelte in het boek van Wielant.

57 Simons, Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V, p. 49.

58 "Het delict valsheid gelijkt ook zeer veel op diefstal, als diefstal er al geen species van is." Citaat ontleend aan Simons, Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V, p. 49.

59 Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, p. 131.

60 Berents, *Het werk van de vos, samenleving en criminaliteit in de middeleeuwen*, p. 83.

61 'Was' ware mijns inziens taalkundig correcter geweest.

strafwaardig werden geoordeeld.^{62/63} Daarbij moet bedacht worden dat de ruime betekenissen die aan valsheid werden gehecht (schending van de waarheid, beperkt door de voorwaarde van (gevaar voor) schade) een dienovereenkomstige inperking van de functie van het stellionatus met zich meebrachten.⁶⁴

Het primaat van het Romeinse recht, samenvallend met een onderwaardering van het minder intellectueel bewerkte en nogal particularistische recht van eigen bodem, werd nog versterkt in de periode van de Renaissance. Het opkomend humanisme in de rechtswetenschap bracht een aanval met zich mee op de werkmethode van de Commentatoren. Getracht werd het materiaal van de bestanddelen van de *Corpus iuris civilis*⁶⁵ op een historisch verantwoorde en systematische wijze te ordenen. Dit vormde de basis voor de verdere systematische ontwikkeling van het Romeinse recht door de natuurrechtelijk geschoolde juristen van de zeventiende en achttiende eeuw.⁶⁶ De hierboven aan de betekenis van het crimen stellionatus gewijde beschouwingen door Van der Keessel vormen een illustratie van deze werkzaamheid. De opkomst van de algemene leerstukken stamt uit deze periode.⁶⁷

Met de Verlichting kreeg het natuurrecht, welks invoering overigens in het bijzonder werd gelegitimeerd door de omstandigheid dat het tevens in de codificatie van Justinianus was vervat⁶⁸, een aanzienlijk absolutere betekenis dan juristen als Wielant en De Groot eraan hadden toegekend. Het natuurrecht werd niet langer gezien als een recht dat louter het bestaande aanvulde en tegelijk de actuele praktijk respecteerde. Het natuurrecht werd daarentegen de zuurdesem van het recht. Met de menselijke rede

62 Van der Donk, Rondom den regel 'nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullem crimen sine poena legali', TvS 1935, p. 359; Jescheck/Ruß/Willms, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, aant. 1d bij par. 263.

63 Bovendien trachtte men bedrieglijke gedragingen in de uitoefening van het binnen de gilden georganiseerde bedrijf in de kiem te smoren door middel van een fijnmazig systeem van voorschriften omtrent maten, gewichten, de kwaliteit van waren enzovoorts, welke overtreding op zich reeds tot strafbaarheid leidde (Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1937, p. 130; Berents, Het werk van de vos, samenleving en criminaliteit in de middeleeuwen, p. 86).

64 Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1937, p. 131; Jescheck/Ruß/Willms, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, aant. 1d bij par. 263.

65 Een term uit de zestiende eeuw om de codificatie van Justinianus, bestaande uit de Codex, de Digesten, de Instituten en de Novellen aan te duiden (Kunkel, Geschiedenis van het Romeinse recht, p. 194).

66 Belangrijke juristen van die tijd waren onder anderen Mathaeus en Grotius. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, p. 12-13; De Monté Ver Loren, Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling, p. 238. Overigens kan de betekenis van de in 1532 afgekondigde 'Peinliche Gerichtsordnung' van Karel V (kortweg doorgaans 'Carolina' genoemd) voor de wetenschappelijke ontwikkeling van het strafrecht niet onvermeld blijven. Zie hierover Bosschers/ Nijboer, De actualiteit van de Carolina, DD 1989 (1), p. 7-18.

67 Mathaeus was wat dit aangaat een belangrijke gangmaker. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, p. 16-21.

68 Gerbenzon/Algra, Voortgang des rechtes, p. 155.

als enige en uitsluitende bron moest het recht volledig worden hervormd. De beschouwing van het Romeinse recht als de geschreven rede (*ratio scripta*) maakte steeds meer plaats voor een opwaardering van het eigen inheemse recht. De invloed van de *lex Cornelia de falsis* voor doctrine en praktijk was daarmee tanende. Tevens moest aan de onzekerheid uitgaande van de verschillende naast elkaar geldende rechtsbronnen een einde komen.⁶⁹ Deze ontwikkelingen hadden onmiskenbare gevolgen voor de opvattingen aangaande de familie van gedragingen die we nu (onder meer) onder valsheid en bedrog rangschikken.

De natuurrechtelijke filosofie van de Verlichting stelde als criterium voor strafbaarstelling dat sprake was van een aantasting van een —van nature toekomend— recht. Kon het object van aanranding niet als een recht worden opgevat, dan kon er van een strafbaar feit geen sprake zijn. Kwalificatie onder de noemer van ‘*falsum*’ kon in deze optiek slechts geschieden door hetzij een *recht op waarheid* zonder meer aan te nemen, hetzij alleen dan van ‘*falsum*’ te spreken indien een recht op waarheid gegeven is.⁷⁰ Al gauw bleek dat een absoluut recht op waarheid niet houdbaar was. In de Duitse dogmatiek brachten in 1834 de ideeën van Birnbaum aangaande de bescherming van rechtsgoederen een belangrijke ommekeer teweeg. Uit deze zienswijze sproot namelijk de opvatting voort dat ‘*falsum*’ gezien moest worden als een aantasting van de *fides publica*. Aldus werd de betekenis van ‘*falsum*’ ingesnoerd, zodat het weer dicht tegen de oorspronkelijke klassieke Romeinsrechtelijke betekenis aan kwam te liggen.

Bovendien was er in de gedachtenwereld van de Verlichting, gezien het intussen tot wasdom gekomen legaliteitsbeginsel⁷¹, voor een ongeschreven restcategorie van strafbare gedragingen definitief geen plaats meer. Met deze ontwikkelingen was voor het eerst de basis gelegd voor een zelfstandige afgebakende delictskwalificatie van ‘Betrug’.⁷² Naast ‘*Fälschung*’, dat fungeerde ter bescherming van een te vertrouwen handelsverkeer en dienstverlening enzovoort, formuleerde men eerst in de doctrine, later in de wet⁷³ een zelfstandige bepaling van ‘Betrug’ als delict ter bescherming van individuele vermogensrechten.⁷⁴ Of het inmiddels gedurende de Middeleeuwen geleidelijk ingeperkte *stellionatus* nog invloed gehad heeft op de moderne leerstellige omschrijvingen van ‘Betrug’ is twijfelachtig. Carpzovius en latere schrijvers zagen

69 Coopmans, *Vrijheid en gebondenheid van de rechter vóór de codificatie*, in: *Rechtsvinding*, p. 100.

70 Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, p. 132. Problemen zoals met betrekking tot het ‘recht op waarheid’ tonen aan dat men materiële normen begon te ontwikkelen die voorafgaan aan de normschending.

71 Heijder, *Nullem crimen sine lege?*, in: *Non sine causa*, p. 142.

72 De omschrijving van het bijzondere geval van bedrog, te weten de ‘*fraus patroni*’ (misbruik van geschenken vertrouwen vanwege een beschermheer door bedrieglijk handelen) laat ik buiten beschouwing vanwege het feit dat niet is gebleken dat het in de dogmatiek een invloed van betekenis heeft gehad.

73 Jescheck/Ruß/Willms, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, aant. 2 bij par. 263.

74 Simons, *Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht*, TvS V, p. 52; Kempermann, *Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, p. 132.

stellionatus immers als "ein jeder praktischer Bedeutung entbehrenden Aushilfsbegriff".⁷⁵

Zowel het Ontwerp Lijfstraffelijk Wetboek van 1804 als het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland van 1809 dragen de sporen van de opvattingen aangaande het recht op waarheid.

In een hoofdstuk met als aanhef 'valsheid en bedrog' kan in het genoemde Ontwerp de volgende omschrijving van 'valsheid' worden aangetroffen: "De Misdad van Valsheid bestaat in het plegen van zoodanige Daden, door welken, willens en wetens, het waare wordt verduisterd en verborgen, of ook het onwaare in de plaats van het waare gesteld en opgegeven, tot benadeeling van eens anders Recht." De bepaling van 'bedrog' luidt vervolgens: "Bedrog, of Bedriegery, bestaat in het grovelijk misleiden en benadeelen van anderen, door bedriegelyke voorgevens."⁷⁶

Het Crimineel Wetboek, dat maar korte gelding heeft gehad doordat de Fransen in 1811 hun Code Pénal invoerden, bevatte een achttiende titel met 'valsheid en bedrog' als opschrift. Binnen die titel werden weliswaar, net als in het Ontwerp, 'valsheid' (eerste hoofdstuk) en 'bedrog' (tweede hoofdstuk) uitgesplitst, van een scherpe onderlinge afscheiding en definiëring kan bepaald niet worden gesproken. Als species van valsheid waren gedragingen van het meest uiteenlopende karakter opgenomen. Naast gevallen van 'valsheid' in bepaalde geschriften (art. 248-252) worden onder meer genoemd het geven van 'valsche getuigenissen' of het afleggen van 'valsche verklaringen' (art. 253), het doen van 'lasterlijke aanklagen' (art. 258) gecombineerd met afpersing (art. 255), de onderschuiving van een kind (art. 256), enige schepen of goederen opzettelijk vernielen (...) 'om van gedane assurantie voordeel te trekken' (art. 259), het een ander misleiden zodat deze bewogen wordt tot het 'ter hand stellen (...) van enige goederen, etc. 'door het aannemen en voorwenden van valsche namen of betrekkingen' (art. 261) en het openen van verzegelde stukken (art. 263, 264). Een eenduidige karakterbepaling van 'valsheid' is hier bepaald niet uit af te leiden. Het onder de kop van 'valsheid' gerubriceerde artikel 261 doet overigens sterk aan onze huidige bepaling van oplichting (art. 326 Sr) denken.

'Faux' en 'escroquerie'

In de Franse Code Pénal van 1810, die, zoals gezegd, een jaar later in ons land werd ingevoerd, trachtte men tot meer afgebakende definities te komen. Het faux werd niet meer gerangschikt onder de vermogensdelicten, maar, te zamen met de geld-, zegel-, en merkvervalsing, onder de misdaden 'contre la paix publique'. Het ontdoen van het faux van zijn vermogenskarakter komt tot uiting in de omstandigheid dat het toebrengen van nadeel geen onderdeel meer vormde van de delictsomschrijving. Louter de

75 Von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p. 477; Jescheck/Ruß/Willms, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, aant. 1d bij par. 263.

76 Zie resp. de artikelen 1 en 19 van het derde hoofdstuk van het Ontwerp (Strafwetgeving in de negentiende eeuw, uitgave van de vakgroep strafrechtswetenschappen, sectie strafrecht, Katholieke Hogeschool Tilburg, 1985, deel II).

mogelijkheid van nadeel, dat ook een ideel karakter kon hebben⁷⁷, werd als voorwaarde gesteld. Voorts werd uitdrukkelijk en uitputtend aangegeven op welke wijzen het faux kon worden gepleegd. Bovendien bevatte de Code onder de titel over misdrijven en wanbedrijven tegen de eigendommen een afzonderlijk delict van 'escroquerie': artikel 405. Kwam aan het einde van de achttiende eeuw Jousse nog tot de slotsom dat van het faux (dat onder de invloed van het Romeinse recht tevens omvatte wat wij nu 'bedrog' noemen) geen sluitende definitie kon worden opgesteld⁷⁸, aangezien het kon worden gepleegd "par une infinité d'autres manières que la malice de l'homme est capable d'inventer"⁷⁹, de Franse wetgever van 1810 meende een uitgebreide en uitputtende opsomming van wijzen waarop escroquerie kon worden begaan te kunnen en —gezien het legaliteitsideaal— te moeten geven.⁸⁰

Een korte beschrijving van de voorgeschiedenis van escroquerie lijkt nuttig, aangezien artikel 405 CP de belangrijkste inspiratiebron is geweest van de Nederlandse bepaling van oplichting (artikel 326 Sr).⁸¹

In de feodale samenleving van de zestiende tot en met de achttiende eeuw ontwikkelde de Franse rechtspraak een stellionatus-begrip dat bepaald beperkter was dan het Romeinsrechtelijke stellionatus. Bevatte het Romeinsrechtelijk stellionatus een rijke schakering van gevallen (waarvan eerder een aantal voorbeelden werd gegeven), in de toenmalige Franse jurisprudentie werd het stellionatus uitdrukkelijk beperkt tot bepaalde typen gedragingen die bij uitstek samenhangen met de feodale verhoudingen. Een belangrijke afwijking van het Romeinsrechtelijke stellionatus was voorts dat de gedragingen die onder het Franse stellionatus vielen, juist aan de strafrechtelijke sfeer waren onttrokken.⁸² Escher⁸³ haalt naar aanleiding van het gegeven dat het Romeinse stellionatus een rijke verscheidenheid van gevallen betrof, het volgende citaat aan van Muyart de Vouglans: "Mais il n'en est pas de même parmi nous. Nous ne réputons proprement *stellionataire* que celui qui fait une déclaration frauduleuse dans un contrat, soit en vendant comme sien un héritage, qui appartient à autrui ou qui est substitué, soit en déclarant comme franc et quitte de toutes charges un fonds qui se trouve déjà hypothéqué à d'autres. Mais la principale différence qui se trouve entre notre droit et le Droit Romain par rapport à ce crime regarde sa punition. Suivant le Droit Romain, ce crime était puni d'une peine extraordinaire (...). Parmi nous, il y a fort peu d'exemples que ce crime soit puni et poursuivi par la voie extraordinaire (...). Il faut pour cela que le Stellionat soit accompagné de circonstances de fraude

77 Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, p. 127.

78 Zijn definitie, waarin de invloed is te herkennen van Paulus uit de tweede eeuw, gaf het faux weer als "toute action faite pour détruire, altérer ou obscurcir la vérité au préjudice de quelqu'un et dans le dessein de le tromper".

79 Simons, Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V, p. 50.

80 Overigens kon dit delict niet tot stand komen zonder dat daar een uitvoerige discussie over het schemergebied tussen civiel en strafrechtelijk bedrog over had plaatsgehad (Bentfort van Valkenburg, Art. 326 Wetboek van Strafrecht beschouwd in het licht der praktijk, p. 10 e.v.).

81 Vooruitlopend op een meer uitvoerige bespreking vermeld ik alvast: Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, p. 514 (memorie van toelichting bij artikel 326).

82 Escher, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, p. 211; Rasch, Bijdrage tot de leer van bedrog en valsheid, p. 40.

83 Escher, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, p. 212.

extrêmement graves. Les peines les plus ordinaires contre les Stellionataires sont (...) 1) qu'ils peuvent être poursuivis pour le remboursement des choses par eux vendues ou au rachat de la rente; 2) qu'ils peuvent y être contraints par corps; 3) qu'ils ne sont point reçus au bénéfice de cession. A la vérité toutes ces peines ne se prononcent que par la voie civile; aussi n'en est-il fait ordinairement dans tous les cas, qui peuvent être susceptibles de la voie criminelle." De beperkte, meer civielrechtelijke betekenis van het Franse stellionatus, omsluit dus een ander type gedragingen dan het Romeinsrechtelijke stellionatus. Bovendien valt uit de woorden van Muyart de Vouglans af te leiden dat het tegen de geest van die tijd zou ingaan om het ten opzichte van het Romeinse recht gemodificeerde Franse stellionatus onder bepaalde omstandigheden als escroquerie te bestempelen.⁸⁴

Aan stellionatus bezondigden zich bij uitstek de geprivilegieerden in de samenleving. Door op een onbestaande of reeds bezwaarde onroerende zaak, en met verzwijging van die stand van zaken, een hypotheek te vestigen trachtten zij zich het nodige geld of krediet te verschaffen. Omdat de hypotheeken nog niet gespecificeerd en geregistreerd waren, bestond voor deze gedragingen een geschikte voedingsbodem. Vermoedelijk in verband met persoonlijke belangen van parlementariërs werd het delict stellionatus in de kamer zeer mild tegemoetgetreden, terwijl de sanctie op de betrokken gedragingen tot louter schadevergoeding werd beperkt.⁸⁵

De revolutie bracht met de invoering van de Code Napoleon een hervorming teweeg in het hypotheekwezen. De openbaarmaking en registratie van hypotheeken en eigendomsverhoudingen maakten het delict stellionatus vrijwel overbodig. Men had nu immers een goede mogelijkheid om zich door controle tegen de bewuste misleidingen te weren. De registratie en de daarmee gepaard gaande specificatie van onroerende zaken bood echter niet tegen alle gedragingen een beschermingsmogelijkheid. De gevallen waartegen niettemin de registratie ontoereikende bescherming bood (bijvoorbeeld wanneer de gedragingen een land betroffen dat zeer ver weg gelegen was en daardoor niet geregistreerd was) leverden nog stellionatus op. Van straffen was hierbij echter geen sprake, alleen van schadevergoeding en vervangende hechtenis.

Het stellionatus beperkte zich dus tot onroerende zaken. Escher stelde zich de vraag of, indien gelijksoortige gedragingen als waarop het stellionatus betrekking had, betrekking zouden hebben op *roerende zaken*⁸⁶, escroquerie van toepassing moest worden geacht. Hij beantwoordde deze vraag ontkennend. Escroquerie vereiste namelijk *bijzondere kenmerken* zoals valse namen of kwaliteiten, of 'manoeuvres frauduleuses'. Was van een dergelijke extra voorwaarde geen sprake, dan zou er louter grond kunnen zijn voor een vordering tot schadevergoeding.⁸⁷

Tot zover over de voorgeschiedenis van artikel 405 CP. Een belangrijke gevolgtrekking uit dit overzicht is dat het onjuist zou zijn het Romeinsrechtelijke stellionatus aan te

84 Zie ook Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 213.

85 Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 214.

86 Men verkoopt in de handel immers vaak goederen die men nog niet feitelijk bezit, aldus Escher (*Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 215).

87 Escher, *Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung*, p. 214.

merken als de voorloper van het Franse *escroquerie*. Het Romeinsrechtelijke *stellionatus* werd allereerst in de Franse rechtspraak aanmerkelijk verengd, terwijl de eraan verbonden rechtsgevolgen bij uitstek een civiel karakter hadden. Weliswaar maakten omschrijvingen die een aanloop vormden van het type *escroquerie* zoals die in artikel 405 CP zou worden omschreven, nog geen onderscheid tussen 'dol civil' en 'dol criminel'⁸⁸, dat zij in navolging van het Romeinsrechtelijke *stellionatus* —of zelfs van het Franse *stellionatus* (uit de tijd vóór de Code Pénal)— waren opgesteld, kan niet worden gesteld.⁸⁹ De nauwe aansluiting die de Nederlandse wetgever bij het opstellen van artikel 326 Sr heeft gezocht bij artikel 405 CP leidt a fortiori tot de gevolgtrekking dat het op zijn minst te ongenueanceerd is om, zoals Duisterwinkel en anderen, te stellen dat het Romeinsrechtelijke *stellionatus* "de voorloper (is) geworden van ons misdrijf oplichting". Temeer gezien het feit dat men in de Commissie-De Wal⁹⁰, bij monde van Modderman, oplichting, in aansluiting bij het Franse stelsel, opvatte als een mengvorm van diefstal (vergelijk het Romeinsrechtelijke *furtum* en de eerder gemaakte opmerkingen daaromtrent) en misbruik van vertrouwen.⁹¹ Maar niet alleen uit de gekozen aansluiting bij het Franse stelsel valt af te leiden dat het *stellionatus* in zijn Romeinsrechtelijke betekenis geen doorwerking heeft gevonden in het Nederlandse wetboek van strafrecht 1886, ook de eigen inheemse wetgevingsprodukten en wat men daarvan al dan niet heeft overgenomen, leiden tot dezelfde conclusie. Het *stellionaat* treffen we namelijk aan in het Ontwerp Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden uit 1847.⁹²

Artikel 9 van dat ontwerp verklaart:

"Aan *stellionaat* is schuldig:

1° die een onroerend goed, waarvan hij wist geen eigenaar te zijn, als eigenaar verkocht of met hypotheek bezwaard heeft.

2° die te kwader trouw, bij verkoop of bij vestiging van hypotheek, bezwaarde goederen als onbezwaard, of de daarop gevestigde hypotheeken, derzelver bedrag of voorwaaarden slechts gedeeltelijk of in strijd met de waarheid heeft opgegeven."

88 Zie de omschrijving in de wet van 17 en 22 juli 1791, artikel 35 van titel 2, waarin naar de "tribuneaux de district" werden verwezen "ceux qui, par dol ou à l'aide de faux noms ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérance ou de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes, et escroqué la totalité ou partie de la fortune d'autrui". Zie Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal Français*, p. 313; Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht*, p. 13-14.

89 In een later stadium, met name in de context van de vergaderingen van de Commissie de Wal, zal het Franse stelsel nader aan de orde worden gesteld.

90 Hierover uitgebreid in het volgende hoofdstuk.

91 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 418.

92 Strafwetgeving in de negentiende eeuw, deel VI, p. 101.

En artikel 10 van hetzelfde ontwerp:

"Stellionaat wordt met correctionnele gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaren en geldboete van honderd tot duizend gulden, te zamen of afzonderlijk, gestraft.

De poging tot dit wanbedrijf wordt met correctionnele gevangenisstraf van eene tot zes maanden en geldboete van vijf en twintig tot vijfhonderd gulden, te zamen of afzonderlijk, gestraft."

De eerder genoemde Franse invulling van het stellionatus is in deze ontwerp-bepaling duidelijk te herkennen. In de discussie binnen de Commissie-De Wal werd aan deze bepaling gerefereerd. Naar aanleiding van de vraag van voorzitter De Wal of de twee bovengenoemde bepalingen moeten worden overgenomen, oordeelde de commissie namelijk "dat volstrekt geene behoefte gebleken is, om een strafbepaling, welke thans niet bestaat, tegen stellionatus vast te stellen."⁹³ Het stellionatus werd dus niet in het huidige wetboek van 1886 verwerkt, ook niet in zijn ten opzichte van de oorspronkelijke betekenis gedenatureerde vorm.

Aan het einde van de achttiende eeuw werden door de Franse wetgever de eerste schreden gezet naar een afbakening van het faux ten opzichte van de misdrijven tegen het vermogen. Tot de laatste rubriek behoorden onder meer escroquerie en abus de confiance.⁹⁴ De Code Pénal bracht het faux te zamen met de geldvervalsing onder de misdrijven "contre la paix publique".

De Code Pénal is het produkt van een ontwikkeling in de Franse dogmatiek waarin men zich meer en meer verwijderde van de klassieke Romeinsrechtelijke benadering waarbij de fides publica het dominante gezichtspunt was voor de strafbaarstelling van het falsum. Wel werd door de Franse wetgever het maatschappelijk belang benadrukt. De doctrinaire en jurisprudentiële uitwerkingen, noodzakelijk wegens de summiere delictsomschrijvingen, neigden echter weer naar het vermogensaspect. Men was het erover eens dat naast 'altération de la vérité', ook 'intention frauduleuse' (intention de nuire) en 'préjudice réel ou possible' elementen waren van faux.⁹⁵ Bakker merkt dan ook terecht op dat het wetboek en de uitleg te zamen op twee gedachten hinkten: de bescherming van het maatschappelijk en van het particulier belang.⁹⁶

Tot een werkelijk grondige en voor de huidige Nederlandse bepalingen van bedrog en valsheid beslissende theorievorming is het pas gekomen vanaf het begin van de

93 Notulen Commissie-De Wal deel I, 429 en bijlagen 38, p. 162.

94 Misbruik van vertrouwen, een rubriek (artikelen 406-409 C.P.) die in het Nederlandse wetboek van 1886 niet expliciet is overgenomen. Men sloot aan bij het Duitse delict 'Unterschlagung' (par. 246 Wetboek voor de Noord-Duitse Bond) en meende dat men nu alle delicten die in Code Pénal onder abus de confiance vielen — voorzover niet overgebracht naar valsheid in geschrift — onder verduistering (artikel 321) waren begrepen. Zie Van Bemmelen/Van Hattum, Hand- en leerboek van het Nederlandse Strafrecht, deel II, p. 298-300 en Asscher/ Simons, Het nieuwe Wetboek van Strafrecht vergeleken met de Code Pénal, p. 251-252.

95 Cort van der Linden, Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel, p. 28.

96 Bakker, Valsheid in geschrift, p. 15.

negentiende eeuw in de Duitse wetenschap. Feuerbach presenteerde het onderscheid tussen het vervalsen van zaken en het bedriegen van personen. Hij onderscheidde Fälschung in ruime en in engere zin. Het eerste, dat samenvalt met Betrug, omvatte het tweede. In zijn leerboek stelde hij: "Das Verbrechen des Betrugs (Fälschung im weiteren Sinne) besteht in einer beabsichtigten rechtswidrigen Täuschung Anderer durch Mittheilung falscher oder Vorenthaltung wahrer Thatsachen." Fälschung in engere zin betreft "Täuschung durch Veränderung einer Sache zum Nachteil der Güter eines Anderen". Betrug in engere zin was aanwezig "wenn die Täuschung auf eine andere Art, als durch Verfälschung einer Sache geschehen ist."⁹⁷ Fälschung en Betrug zijn in deze opvatting één misdrijf, in zoverre dat valsheid een bijzondere variant is, die bepaald wordt door het middel van uitvoering van de gedraging.⁹⁸ Deze opvatting werd geen gemeengoed omdat men destijds de Fälschung beschouwde als een aantasting van het absolute recht op waarheid, terwijl Betrug gericht was tegen de individuele vermogensrechten. Toen evenwel later het 'recht op waarheid' werd verlaten vond de benadering van de rechtsgoederenbescherming algemeen ingang. Het denken over falsum onderging een verandering. Tevens werd een fundament gecreëerd voor zelfstandige kwalificaties van 'Fälschung' en 'Betrug'. De introductie van de gedachte van te beschermen rechtsgoederen door Birnbaum leidde ertoe dat bij Betrug de aard van de gedraging naar de achtergrond werd geschoven, terwijl de vermogensbenadeling de dominante factor werd. Fälschung werd daarentegen teruggebracht tot een delict van abstracte gevaarstelling, gericht op de betekenis van objecten die openbaar vertrouwen aan zich hechten.

Vervolgens was het Köstlin die de fides publica uit het klassieke Romeinse recht in ere herstelde. Fälschung kenmerkte zich nu door de eraan gekoppelde bescherming van het openbaar vertrouwen, het recht van de gemeenschap op onaantastbaarheid van de gevestigde orde, terwijl het bij Betrug ging om de aantasting van vermogensrechten door misleiding.⁹⁹ Merkel sloot zich bij deze gedachte aan, met dien verstande dat hij sterk de nadruk legde op de 'Urkundenfälschung' als "ein Spezies der strafbaren Verletzungen der publica fides".¹⁰⁰

Von Liszt verwierp het begrip fides publica. Hij rubriceerde de 'strafbare Handlungen an Urkunden', te zamen met de 'Warenfälschung' en de 'strafbaren Handlungen an Geld' onder de 'durch das Mittel des Angriffs charakterisierten Delikte'.¹⁰¹ Betrug deelde hij in bij de 'strafbare Handlungen gegen das Vermögen überhaupt'.¹⁰² Loening stelde eveneens dat de nadruk bij Fälschung niet moet liggen op een specifiek beschermd rechtsbelang, maar op de wijze waarop wordt gehandeld. De kern moest

97 Von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts, respectievelijk par. 410 en 415.

98 Cort van der Linden, Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel, p. 106.

99 Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1937, p. 132-133.

100 Aangehaald door Simons, Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V, p. 53.

101 Von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p. 504 e.v.

102 Von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p. 477 e.v.

liggen bij het gebruikte middel.¹⁰³ Toch is dit een minderheidsopvatting gebleven. Ondanks vele accentverschillen waren de meeste schrijvers het er over eens dat Fälschung als een inbreuk op de fides publica moest worden aangemerkt.¹⁰⁴

Toch weet zich nog slechts een verzwakte afspiegeling van deze denkbeelden in de Duitse wetgevingen te verankeren. De verschillende regionale wetsstelsels toonden een rijke verscheidenheid in de rubricering van Betrug en Fälschung. In het sterk onder de invloed van de Code Pénal staande Preußischen Gesetzbuch van 1851 werd echter voor het eerst een zelfstandig delict 'Urkundenfälschung' opgenomen. Enerzijds werd als voorwaarde het gebruik van de Urkunde gesteld, anderzijds werd voor de voltooiing van het delict niet een feitelijke misleiding geëist. Met dat laatste wilde men een onderscheiding aanbrengen ten opzichte van Betrug.¹⁰⁵ Daarnaast worden enige wijzen van Fälschung als 'Betrugsmittel', als gekwalificeerde vormen van Betrug gerangschikt.¹⁰⁶ Wat Betrug aangaat, was men inmiddels tot het inzicht gekomen dat men zich in plaats van op een recht op waarheid moest concentreren op het onrechtsgehalte van het delict. Het bestanddeel "gewinnsüchtige Absicht" werd een onderdeel van Betrug. Het Preußische Gesetzbuch stond model voor het wetboek van de Noordduitse Bond dat na de vereniging van de Noordduitse Bond met Beieren, Wurtemberg en Baden in 1872 werd omgedoopt tot het Reichsstrafgesetzbuch.¹⁰⁷ In dit wetboek wilde men de Urkundenfälschung scherper afgrenzen van Betrug: het bestanddeel 'Absicht sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen oder Anderen Schaden zu zu fügen' uit de Preußische wet, werd in het Reichsstrafgesetzbuch vervangen door 'rechtswidrige Absicht'.¹⁰⁸ Dit hing samen met de hoge gevaarzetting die van de Urkundenfälschung als zodanig (als gevaarlijk middel tot Betrug) uitging. Ook hier gold overigens het gebruik maken van de betreffende Urkunde als een vereiste voor strafbaarheid van het voltooide delict. Een werkelijke aantasting van vermogens- of andere rechten was geen constitutief bestanddeel voor het voltooide delict, maar werkte slechts strafverzwarend.¹⁰⁹ Bedrog daarentegen was pas voltooid met de feitelijke benadeling van een persoon.¹¹⁰

Van de Duitse wetboeken werd in de Commissie-De Wal met name naar het wetboek van de Noordduitse Bond (later: Reichsstrafgesetzbuch) veelvuldig verwezen. De betekenis ervan zal, te zamen met de Franse Code Penal, nader aan de orde worden gesteld in het kader van de behandeling van de Nederlandse wetsgeschiedenis die heeft geleid tot het wetboek van strafrecht dat in 1886 in werking is getreden.

103 Simons, Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V, p. 54.

104 Zie vorige noot

105 Cort van der Linden, Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel, p. 115, noot 1.

106 Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, p. 134; Jescheck/Ruß/Willms, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, aant. 11-12.

107 Zie Bosch, Het ontstaan van Wetboek van Strafrecht, p. 23. De Commissie-De Wal citeert in haar notulen het wetboek voor de Noordduitse Bond, terwijl zij in de in 1875 verschenen memorie van toelichting verwijst naar het wetboek voor het Duitse Rijk (Bosch, t.a.p., noot 56).

108 Jescheck/Ruß/Willms, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, aant. 12 bij par. 267; Simons, Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V, p. 55.

109 Cort van der Linden, Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel, p. 111-113.

110 Cort van der Linden, Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel, p. 114-115.

4 Conclusies: bedrog en valsheid hebben een verschillende oorsprong

Het voorgaande in grote stappen recapitulerend kan het volgende gesteld worden. 'Bedrog' heeft als zelfstandige juridische kwalificatie pas in de negentiende eeuw, en niet via receptie van het Romeinse recht, in onze inheemse rechtscultuur gestalte gekregen. De uit de Verlichting voortvloeiende legaliteitsgedachte speelde hierbij een rol: eenmaal aangenomen dat een gedraging strafwaardig was wilde men deze dan ook wettelijk vastleggen. Een zelfstandige kwalificatie van bedrog heeft in het Romeinse recht niet bestaan. Het bedrog zoals we dat nu in het Nederlandse wetboek van strafrecht gerubriceerd zien, was in het Romeinse recht verdeeld over de delicten *falsum* en *furtum*, terwijl een restcategorie van gedragingen onder de noemer van *stellionatus* werden bestraft.

De Middeleeuwse inheemse 'valscheit' omvatte mede bedrog. Het te zamen met het *falsum* onder de invloed van de Italiaanse glossatoren en post-glossatoren gerecipieerde *stellionatus*, dat de betekenis had van een ongeschreven categorie van niet expliciet strafbargestelde, maar niettemin strafwaardig geachte gedragingen, heeft gedurende de Middeleeuwen en daarna aanmerkelijk aan betekenis ingeboet. Het is zeer onwaarschijnlijk dat het een zelfstandige factor van beïnvloeding heeft kunnen vormen voor de Nederlandse bepaling van oplichting en de daarvan afgeleide overige bedrogsbepalingen (titel XXV van het tweede boek).

Zoals gezegd kwamen de eerste zelfstandige juridische kwalificaties van bedrog pas tot stand na het wegebben van de invloed van de Romeinsrechtelijke traditie en de daarmee gepaard gaande renaissance van de inheemse rechtscultuur.

De term 'valsheid' zoals die in het huidige wetboek van strafrecht voorkomt, is het resultaat van het verenigen van *falsum* tot —bij benadering— het begrip zoals dat in het klassieke Romeinse recht (vóór de toevoeging van de *quasi-falsa*) gelding had. Een directe verbinding met de Romeinsrechtelijke traditie is bij valsheid, in tegenstelling tot bedrog, aanwijsbaar.

Met deze analyse heb ik willen aantonen dat de termen valsheid en bedrog in hun huidige begripsomschrijving stammen uit verschillende rechtsculturen.¹¹¹ Deze constatering wekt het vermoeden dat ook het rechtsaspect van de onderscheiden begrippen, voorzover die te verbinden zijn met die uiteenlopende culturen, verschillen te zien zal geven.

Tevens geeft de analyse een indruk van de rijke verscheidenheid van historische gegevens, met de daaraan gekoppelde uiteenlopende opvattingen, die de Commissie-De Wal ten dienste heeft gestaan bij het ontwerpen van de bepalingen van bedrog en valsheid. Voor de bespreking van de wetsgeschiedenis in het derde hoofdstuk vormt dit historische overzicht mede een aanzet.

¹¹¹ Dit strookt overigens met de taalkundige herkomst van de beide begrippen, zoals weergegeven in de inleiding van dit hoofdstuk.

Wetsgeschiedenis

1 Inleiding

Zoals de rechtsgeschiedenis te zien geeft, kan het terrein van bedrog en valsheid in een strafwetgeving zowel in één omvattende rubriek als in onderscheiden rubrieken worden ondergebracht. De wetgever van 1886 koos voor afzonderlijke rubrieken van bedrog en valsheid. Hieruit kan worden afgeleid dat hij zich bij de rubricering eerder heeft laten leiden door de juridische verschillen dan door de overeenkomsten tussen de beide categorieën.

Uiteraard konden met deze keuze de overeenkomsten tussen bedrog en valsheid niet worden genegeerd. Waar het bij strafbepalingen gaat om juridische abstracties die in de weerbarstige en onvoorspelbare werkelijkheid tot leven moeten komen, valt te verwachten dat de overeenkomsten waarvan in de juridische omschrijvingen was geabstraheerd, zich op het niveau van de toepassing weer zullen manifesteren. Pas in dat proces van actualisering kan duidelijk worden of de wetgever de realiteit niet te vergaand heeft geschematiseerd met als gevolg dat bepaalde nuances in die werkelijkheid niet adequaat bij de strafrechtelijke verwerking aan bod zijn gekomen.

Bij de bespreking van de wetsgeschiedenis zal niet in alle gevallen specifiek naar de betekenis van de delictsomschrijvingen per bestanddeel worden gekeken. Dit zal meer uitgebreid worden gedaan bij de analyse van de rechtspraak en doctrine in hoofdstuk IV.

2 Wetgeving in de negentiende eeuw

In het voorgaande hoofdstuk schemerde reeds door dat de Nederlandse codificatiegeschiedenis van de negentiende eeuw een nogal kwakkelend beeld vertoont. De eerste officiële codificatieopdracht werd verwoord in het codificatieartikel van de Staatsregeling voor het Bataafse volk van 1798 en luidde als volgt.

"Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstrafelijke Wetten, (...) algemeen voor de gantsche Republiek. Deszelfs invoering zal zijn uiterlijk binnen *twee* jaren, na de invoering der Staatsregeling".¹

1 Bosch, Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht, p. 31.

Anders dan deze optimistische verklaring beloofde, luidde zij een bijna honderd jaren durende periode in waarin verschillende ontwerpen werden afgewisseld met een kortstondig functionerende codificatie (Crimineel Wetboek van 1809). De meeste van deze wetgevingen werden reeds, voorzover valsheid en bedrog aangaat, in het voorgaande hoofdstuk ter sprake gebracht.

Voor de duidelijkheid geef ik nog een kort overzicht van de reeks van gestrande pogingen die aan de samenstelling van ons huidige wetboek van strafrecht zijn voorafgegaan.²

Het Ontwerp Lijfstraffelijk Wetboek van 1804 werd te leerstellig geoordeeld. Men vond het teveel een leerboek en te weinig een stelsel van voor de burgers heldere gedragsregels.

Het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland was het produkt van de herziening van het ontwerp van 1804. Het werd aangenomen en in 1809 ingevoerd.

Reeds in 1811 werd het opgevolgd door de Code Pénal. Het koninkrijk Holland werd toen bij het Franse keizerrijk ingelijfd. Dit wetboek zou, ondanks het vertek van de Fransen in 1813, blijven gelden tot 1886. Het zou veelvuldig worden aangevuld en gewijzigd.

In 1815 werd wederom een Ontwerp ingediend en wel voor een Crimineel Wetboek voor de Verenigde Nederlanden. In 1827 kwam hieruit voort een Ontwerp voor een Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden. De Zuidelijke Nederlanden, die sedert 1815 met de Noorderlijke waren herenigd, wierpen een barrière op voor dit ontwerp omdat zij zich beter thuis voelden bij de Code Pénal.³

De hierna volgende periode kenmerkte zich door hevige discussie over het strafstelsel. De hierdoor ontstane onrustige politieke situatie zou tot 1870 aan de invoering van strafwetgeving in de weg staan. Van de ontwerpen die in de periode tussen 1830 en 1870 tot stand kwamen is voor het misdrijvenrecht vooral het Ontwerp van een Wetboek van Strafrecht van 1847 van belang. Naar de woorden van Bosch was het wetboek wetenschappelijk goed gefundeerd en valt het te betreuren dat het ontwerp tengevolge van politieke verwickelingen in het zicht van de haven strandde.⁴ Door de Commissie-De Wal werd het Bijzonder Deel ervan veelvuldig geraadpleegd.

Na al deze mislukte pogingen om tot een nationaal wetboek van strafrecht te komen waren de prognoses omstreeks 1870 niet bepaald gunstig. Het werken met het Franse wetboek leidde echter steeds vaker tot maatschappelijk onaanvaardbare resultaten. De vele aanvullingen en wijzigingen maakten het wetboek onsamenhangend en onnauwkeurig. Bovendien was bij interpretatie de Franse tekst, boven de Nederlandse van Bilderdijk afkomstige gebrekkige vertaling, beslissend.

2 Voor dit overzicht werden geraadpleegd: Bosch, Het ontstaan van het wetboek van strafrecht, p. 31-43 en Van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht, p. 78-81.

3 De bezwaren richtten zich voornamelijk tegen het gehuldigde stelsel van afschrikking, het behoud en ruim gebruik van lijfstraffen, de strenge strafbedreigingen en de onbepaaldheid van de wet (Van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht, p. 78).

4 Bosch, Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht, p. 40.

Om aan deze merkwaardige en bezwaarlijke rechtspleging een einde te maken, werd de *Staatscommissie voor de samenstelling van het Wetboek van Strafrecht* ingesteld.⁵ Een terugblik op de talrijke mislukkingen in de afgelopen eeuw leerde dat haar een zware taak te wachten stond. Maar ook specifiek, waar het bedrog en valsheid betrof, wachtte haar na de vele uiteenlopende opvattingen die de geschiedenis haar had voorgeschoteld een moeilijke opgave, temeer omdat uit die opvattingen niet een helder aanknopingspunt was voortgekomen.

Als voorzitter van de commissie werd benoemd: J. de Wal, hoogleraar aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Hoogeschool te Leiden. Secretaris werd A.A. de Pinto, referendaris bij het departement van justitie, tevens rechter-plaatsvervanger in de arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage. De leden waren: W.F.G.L. François, raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof in Zuid-Holland, M.S. Pols, advocaat bij de Hoge Raad en auditeur-militair in de eerste militaire afdeling voor de provincie Zuid-Holland en A.E.J. Modderman, hoogleraar in de rechtsgeleerdheid bij de Atheneum illustre te Amsterdam. Als adjunct-secretaris werd later aangesteld Jhr. G.J.T. Beelaerts van Blokland, adjunct-commies bij het ministerie van justitie. In 1872 zou J.J. Loke, raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof te 's-Gravenhage de plaats van François innemen, omdat deze om gezondheidsredenen ontslag uit de commissie zou nemen.

3 Beraadslagingen van Commissie-De Wal; de wetgever

Bij de samenstelling van de delictsomschrijvingen van bedrog en valsheid had de commissie te maken met verschillende afbakeningsproblemen. Niet alleen met de verhouding tussen valsheid en bedrog onderling, maar ook met de plaats van bedrog en valsheid in het stelsel als geheel, dus in hun verhouding tot de overige delictsomschrijvingen. Hoe de commissie met dit probleem is omgegaan, komt aan de orde in de paragrafen 3.1. tot en met 3.4.

Voorts heeft de commissie zich beziggehouden met de kwestie van de afbakening van het strafrecht ten opzichte van andere rechtsgebieden en ten opzichte van de autonome sfeer van de burgers. De discussies op dit punt worden besproken in paragraaf 3.5.

3.1 Bedrog

De discussies in de Commissie-De Wal tonen uiteenlopende inzichten over de voorwaarden voor de strafbaarheid van valsheid en bedrog. Voor verschillende opvattingen over de *taalkundige* betekenissen van valsheid en bedrog geven de notulen

5 K.B. van 28 september 1870, Stb. 21.

geen aanwijzingen.⁶ Om de basisproblematiek die in de vergaderingen van de commissie aan de orde is gekomen meer inzichtelijk te maken, kunnen vier varianten van strafbaar bedrog worden weergegeven. De mentale conditie⁷ van de dader wordt daarbij door mij even buiten beschouwing gelaten. Men was eensgezind over het uitgangspunt dat bedrog bestaat uit het al dan niet aanwenden van bepaalde middelen die al dan niet een bepaald effect sorteren. Verschillende mogelijke variaties op dat thema dienen zich aan:

- (1) Het aanwenden van bepaalde middelen is niet vereist (*eenvoudig bedrog*), terwijl evenmin een bepaald effect hoeft in te treden;
- (2) Eenvoudig bedrog, waarbij wel een bepaald effect wordt geëist (eenvoudig, maar *effectief bedrog*);
- (3) De aanwending van een bepaald middel is wel relevant (*gekwaliceerd bedrog*); het intreden van een bepaald effect echter niet;
- (4) Gekwalificeerd, tevens effectief bedrog.

Schematisch geeft dit het volgende beeld.

Strafbaarheid van bedrog wordt bepaald door		het intreden van een bepaald effect	
		niet relevant	wel relevant (=effectief bedrog)
het aanwenden van bepaalde middelen	niet relevant (=eenvoudig bedrog)	1	2
	wel relevant (=gekwaliceerd bedrog)	3	4

Figuur 1. Basisproblematiek van de discussie over de strafbaarheid van bedrog

Zoals uit het onderstaande naar voren zal komen, heeft de wetgever uiteindelijk gekozen voor *gekwaliceerd effectief* bedrog.

Wordt de nadruk gelegd op de *effecten*, dan kunnen ook deze weer schematisch in verschillende soorten worden weergegeven. Daarbij gaat het in het bijzonder om de vorm en mate van ‘betrokkenheid’ van het slachtoffer. In deze onderscheiding wordt de mentale toestand van de dader geïntroduceerd.

6 Wel kan nog worden gerefereerd aan het voorstel van de commissie van rapporteurs in de tweede kamer om in plaats van ‘oplichting’ te spreken van ‘bedrog’. De bepaling van oplichting is immers volgens hen de meest algemene vorm van het misdrijf, om welke reden een algemene benaming dus meer geschikt is dan de specifieke aanduiding ‘oplichting’. De opmerking wordt door de regering kennelijk voor kennisgeving aangenomen.

7 De term is van Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, p. 9.

geëist effect/ gevolg van bedrog		t.a.v. plaatsgrijpen		
		vindt in wer- kelijkheid plaats	er ontstaat alleen gevaar voor	wordt alleen door de dader beoogd
t.a.v. slacht- offer	wordt misleid en bewogen	1	2	3
	stelt een bepaalde gedraging	4	5	6
	wordt bena- deeld (cq. dader/ander wordt bevoor- deeld)	7	8	9

Figuur 2. Strafbaarheid van bedrog afhankelijk van bepaald effect c.q. gevolg

Bij de beraadslagingen over bedrog hebben de leden van de commissie zich voor een belangrijk deel georiënteerd op de bepaling van ‘escroquerie’⁸ uit de Code Pénal (art. 405).⁹ Voor een voltooid delict van ‘escroquerie’ moet sprake zijn van ‘gekwalificeerd effectief bedrog’. Behalve de afgifte van het goed, wordt geëist dat werkelijk vermogensnadeel is toegebracht, met andere woorden dat de oplichter zich van het vermogen

8 ‘Escroquer’ kan wellicht het beste worden vertaald met ‘aftroggelen’. Van Dale handwoordenboek Frans-Nederlands; zie ook Noyon/Langemeijer/Rommelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 3 bij art. 326. De Nederlandse vertaling van de Code Pénal spreekt evenwel van ‘zich meester maken’ (Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, p. 450).

9 Art. 405 CP: “Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses pour persuader l’existence de fausses entreprises, d’un pouvoir ou d’un crédit imaginaire, ou pour faire naître l’espérance ou la crainte d’un succès, d’un accident ou de tout autre évènement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqués ou tenté d’escroquer la totalité ou partie de la fortune d’autrui, sera puni d’un emprisonnement d’un au moins et de cinq ans au plus, et d’une amende de cinquante francs au moins et de trois milles francs au plus (...)”; “Al wie, hetzij met gebruikmaking van valsche namen of valsche kwaliteiten, hetzij met zich van bedriegelijke middelen te bedienen, om het bestaan van valsche ondernemingen, van een niet bestaand vermogen of krediet, te doen geloven, of om de hoop of vrees te verwekken ten aanzien van eenigen uitslag van zaken, van eenig toeval of andere hersenschimmige gebeurtenis, zich gelden, losse goederen, of verbindtenissen, beschikkingen, papieren van geldswaarde, toezeggingen, kwijtingen of bevrijdingen zal hebben doen afgeven of ter hand stellen, en langs een dezer wegen zich bedrieglijk van eens anders bezittingen, in het geheel of ten deele meester zal hebben gemaakt, of getracht zal hebben meester te maken, zal gestraft worden van eene gevangenzetting voor ten minste één jaar en ten hoogste vijf jaren, en eene geldboete van ten minste vijftig en ten hoogste drieduizend franken.(...)” (Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, p. 449-450).

van een ander geheel of ten dele heeft meester gemaakt (fig. 2 variant 7). Is dit gevolg door een omstandigheid vrijdeld, dan is er slechts poging. De poging wordt evenwel in artikel 405 CP, blijkens de woorden 'escroquer ou tenté d'escroquer', met het voltooide delict op één lijn gesteld. We hebben hier dus te maken met een gevaarzettingsdelict. Het kenmerkende onderscheid tussen escroquerie en poging daartoe bestaat in het al of niet gelukken van de bemachtiging van eens anders bezittingen.¹⁰ In het Franse stelsel wordt dus door de afgifte het noodzakelijke begin van uitvoering gecreëerd. De afgifte vormt in de Franse bepaling het middel om zich feitelijk te bevoorraden.

Refererend aan de Code Pénal merkt De Pinto in de vergadering op dat onderscheiden moet worden tussen (a) bedrog waarvan afgifte van bepaalde zaken of titels nodig is (gekwalficeerd effectief bedrog dat past in de vierde variant van fig. 2) en (b) andere bedrieglijke handelingen, waarbij het criterium in de handeling zelf gelegen is en de afgifte dus geen vereiste vormt voor een voltooid delict (eenvoudig casu quo gekwalficeerd bedrog; fig. 2, varianten 1, 2 en 3. Is de variant onder (a) uitsluitend te vinden in artikel 405 CP, gedragingen van de tweede variant zijn door het gehele Franse wetboek te vinden, aldus De Pinto. Het onder (a) genoemde zou in een algemene bepaling kunnen worden opgenomen, terwijl wat het onder (b) weergegevene betreft het met name noemen van afzonderlijke species noodzakelijk lijkt.

Volgens De Wal, die als enige¹¹ een voorstander is van een algemene bepaling van bedrog met oplichting als verzwaarde variant, is de afgifte niet beslissend. Het feitelijke benadelen is volgens hem kenmerkend (variant 7 van fig. 2).¹² Plenair wordt echter beslist dat een algemeen delict van bedrog niet gewenst is, maar gekozen moet worden voor oplichting als zodanig (gekwalficeerd effectief bedrog).¹³

Alle leden zijn het eens met de gedachte dat, anders dan in het Franse stelsel, de benadeling geen vereiste is om van een voltooid delict te kunnen spreken. Als uitvloeisel hiervan beslist men —op initiatief van De Pinto— dat het zwaartepunt van de poging moet worden verlegd. Benadrukt wordt dat de afgifte het kenmerk is van de voltooiing van het misdrijf en niet de toegebrachte schade (variant 7 van fig. 2) en evenmin het enkel in dwaling brengen met het doel van benadeling (variant 9 van fig. 2).¹⁴ De wettelijke eisen die aldus met betrekking tot de aan de oplichting verbonden gevolgen (effecten) worden gesteld, hebben hun directe weerslag op het aannemen van poging. Wordt in het Franse stelsel het pogingsstadium door de afgifte bereikt, in de opvatting van de commissie (en de wetgever) wordt dit stadium verlegd naar het gebruiken van een of meer oplichtingsmiddelen (met het vereiste oogmerk).

10 Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, aant. 14 bij art. 405.

11 Aanvankelijk werd hij nog bijgestaan door François (Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 417). Deze ging echter later in de vergadering overstag (Notulen Commissie-De Wal deel I, p. 419).

12 Hij zocht steun voor deze stelling bij het wetboek van de Noordduitse Bond bij het wetboek van Zürich (Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 419).

13 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 419.

14 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 422.

Indien een van de genoemde bedrieglijke middelen is aangewend en het uitblijven van afgifte is te wijten aan een omstandigheid die onafhankelijk is van de wil van de dader kan kennelijk van poging tot oplichting worden gesproken.

Het fundament voor de bepaling van oplichting wordt gelegd door De Pinto. Hij stelt een herziene versie van artikel 405 CP voor, welke in hoge mate de uiteindelijke redactie zou bepalen. De voorgestelde bepaling merkt als schuldig aan oplichting aan hij "die met het doel om zich of anderen wederregtelijk te bevoordeelen, door middel van het onderdrukken van ware of het voorspiegelen van valsche daadzaken, van het aannemen van valsche namen of hoedanigheden of van listige kunstgrepen, een ander beweegt tot de afgifte van eene zaak of van een titel houdende verbindtenis of kwijting van schuld".¹⁵

In een vroeg stadium van de discussie is de redactie van oplichting zoals die uiteindelijk in het wetboek zou worden opgenomen met de suggestie van De Pinto al in grote trekken compleet. De meningsverschillen met betrekking tot de bepaling van oplichting spitsen zich voornamelijk nog toe op verfijningen ten aanzien van de 'oplichtingsmiddelen'.

De oplichtingsmiddelen staan in directe samenhang met het bestanddeel 'bewegen tot afgifte'. De middelen danken hun bestaan aan de door de wetgever gestelde eis dat de enkele leugen voor strafbaarheid niet voldoende is. De 'bedrieglijke middelen' die hij om die reden in de wet heeft opgenomen zijn achtereenvolgens: het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, listige kunstgrepen en een samenweefsel van verdichtsels.

Het bestanddeel 'iemand bewegen tot afgifte' is afgeleid van 'se sera fait remettre' uit artikel 405 CP, wat in de Nederlandse vertaling werd uitgedrukt als 'zich zal hebben doen afgeven'. Door Pols en De Wal werd dan ook in de vergadering van Commissie-De Wal aanvankelijk gesproken van 'doen afgeven'.¹⁶ De Pinto sprak als eerste, in de door hem gewijzigde versie van artikel 405 CP, van 'bewegen tot afgifte'.¹⁷ De keuze van deze woorden wijzen op aansluiting bij 'dwingen tot afgifte' uit artikel 317 (afpersing).¹⁸ Dat 'bewegen' ten opzichte van 'doen afgeven' een bijzondere betekenis heeft, blijkt nergens.

In de tweede kamer levert de commissie van rapporteurs kritiek op het bestanddeel 'bewegen tot afgifte (enz.)'. Dit zou namelijk de werkingsomvang van de bepaling volgens haar nodeloos insnoeren. "Elke daad en elk verzuim, waardoor iemand in zijn vermogen is benadeeld, is van gelijke waarde waar het geldt vaststelling van het feit dat iemand door het bedrog in zijn vermogensrecht is gekrenkt."¹⁹ Modderman kan niet inzien dat het resultaat door de bedoelde redactie te eng zou zijn omschreven. Waar de wederrechtelijke bevoordeling op de voorgrond moet staan, kan dit volgens

15 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 417.

16 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 418-419.

17 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 417.

18 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 514.

19 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 516.

Hoofdstuk III

hem niet anders plaats hebben dan volgens de wijzen als in de bepaling van oplichting is omschreven.²⁰ Feitelijke benadeling van een ander wordt in artikel 326 niet geëist, aldus Modderman (figuur 2, variant 6).

3.2 Valsheid²¹

Ook wat valsheid betreft zijn er in de vergaderingen van de Commissie verschillende mogelijkheden van strafbaarstelling te berde gebracht. Bij de vraag onder welke voorwaarden valsheid strafbaar moet worden gesteld, moet bedacht worden dat de term 'valsheid' als zodanig geen gedraging aanduidt. In het eerste hoofdstuk werd dan ook opgemerkt dat valsheid in het algemeen in verhouding staat tot een (vals) *object*. Door de variatie van objecten waarop de valsheid betrekking kan hebben, zijn verschillende vormen van (strafbare) valsheid denkbaar. Verschillende soorten objecten zijn naar hun aard in bijzondere rubrieken opgenomen. Bij het doorbladeren van de titels X tot en met XII trekken achtereenvolgens voorbij: munten en bankbiljetten, zegels en merken en geschriften. De nadruk zal, gezien de later te bespreken verhouding tot bedrog, meestal komen te liggen op de geschriften.

De primaire voorwaarde voor strafrechtelijke bescherming van geschriften is dat zij rechtens relevant zijn²², dat zij tot bewijs van enig feit dienen. De geschriften zou men kunnen onderscheiden in *eenvoudige* en *gekwalficeerde* geschriften. De laatste categorie moet voldoen aan een aantal formaliteiten, terwijl daaraan in rechte, in verband met het bewijs, het vestigen van rechten enzovoort, een bijzondere betekenis wordt toegekend. Voorbeelden van gekwalificeerde geschriften zijn authentieke akten en bijzondere waardepapieren (zie art. 226).

Naast de vorm van het object zijn de aard van de valsheidsgedraging en het effect van die gedraging relevante aspecten bij de kwestie van strafbaarheid.

Verschillende typering van *gedragingen* kunnen bij valsheid (in het algemeen) betrokken zijn, te weten:

(1) Het vervaardigen van valsheid. Daarmee is in veel gevallen a fortiori het gebruiken strafbaar gesteld.

Voorbeelden hiervan zijn:

- a) namaken of vervalsen van geld (art. 208) en het uitgeven ervan (art. 209)
- b) snoeien van munten (art. 210) en het uitgeven ervan (art. 211)
- c) namaken of vervalsen van zegels (art. 216 lid 1) en uitgeven daarvan (216 lid 2)

20 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 517.

21 Voor een uitvoeriger bespreking van de commissievergaderingen over valsheid in geschrift verwijs ik naar Bakker, Valsheid in geschrift, p. 22 e.v.

22 De Wal spreekt, met verwijzing naar de Duitse bepaling van Urkundenfälschung, van 'rechtlich erhebliche Thatsache' (Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 238).

- d) plaatsing van valse merken op werken van edel metaal of vervalsing van echte (art. 217)
- e) plaatsen van valse ijkmerken op te ijken voorwerpen of vervalsen van echte (art. 218)
- f) valselijk plaatsen van andere merken of vervalsen van echte (art. 219)
- g) verwijderen van ijk afkeuringsmerk (art. 221 lid 1)
- h) opnieuw bruikbaar maken van zegels (door ze van merk te ontdoen) (art. 222 lid 1)
- i) vervalsen (...) van geschriften (art. 225 lid 1) en gebruik maken daarvan (art. 225 lid 2); tevens t.a.v. aantal bijzondere geschriften (art. 226); doen opnemen van valse opgave in authentieke akte (art. 227)
- j) afgeven valse geneeskundige verklaring door geneeskundige (vervalsen en gebruiken) (art. 228 leden 1 en 2); gebruiken (door een ander) (art. 228 lid 3)
- k) vervalsen van geneeskundige verklaring (art. 229 lid 1) en gebruiken daarvan (art. 229 lid 2)
- l) vervalsen (...) van getuigenschrift (art. 230 lid 1) en gebruik maken daarvan (art. 230 lid 2)
- m) vervalsen van reispas (of: doen verstrekken of ter beschikking stellen) (art. 231 lid 1) en gebruik maken daarvan (231 lid 2)
- n) vervaardigen (of verspreiden, of ter verspreiding in voorraad hebben) van op echte lijkende munten, bankbiljetten etc. (art. 440)
- o) vervalsing van auteursnaam op boeken, kunstwerken etc. (art. 326 bis)
- p) vervalsing in boeken door ambtenaar (art. 360)
- q) doen opmaken van valse scheepsverklaring (door schipper) (art. 389bis).

(2) Het gebruiken van valsheid als zodanig

In deze rubriek passen:

- a) uitgeven van vals geld, te goeder trouw ontvangen (art. 213)
- b) gebruiken van echte merken in strijd met hun bestemming (art. 219)
- c) gebruiken, verkopen (...) enz. van valse zegels en merken of voorwerpen waaraan zij zijn verbonden (art. 220)
- d) gebruiken, verkopen (...) enz. van van ijk afkeuringsmerk ontdane voorwerpen (art. 221 lid 2)
- e) gebruiken, verkopen (...) enz. van van merk ontdane zegels (art. 222 lid 2)
- f) gebruik maken van vals reisdocument (art. 231 lid 2)
- g) gebruik maken van een valse sleutel bij diefstal (art. 311)
- h) verkopen etc. van vervalste voedingsmiddelen en geneesmiddelen (art. 330)
- i) waren welks verpakkingen valselijk zijn voorzien van handelsnaam van ander invoeren enz. (art. 337)
- j) overleggen van (schriftelijke) valse scheepsverklaring of verklaring met vluchtgegevens (art. 389ter) (NB: Niet met zoveel woorden in de wet).

Hoofdstuk III

En in de sfeer van voorbereidingshandelingen voor valsheid:

(3) Het in bezit hebben van valsheid

In deze categorie horen thuis:

- a) (ten verkoop) in voorraad hebben van valse zegels en merken of voorwerpen waaraan zij zijn verbonden (art. 220)
- b) (ten verkoop) in voorraad hebben van afkeuringsmerk ontdane voorwerpen (art. 221. lid 2)
- c) (ten verkoop) in voorraad hebben van van merk ontdane zegels (art. 222. lid 2)
- d) in bezit hebben van vals reisdocument (art. 231. lid 2)
- e) in voorraad hebben van boeken e.d. voorzien van vervalste auteursnaam (art. 326 bis onder 2)
- f) in voorraad hebben van waren voorzien van valse aanduiding (andere handelsnaam) op verpakking (art. 337)
- g) voorhanden hebben van een vals of vervalst geschrift (art. 225 lid 2)

(4) Het in bezit hebben van voorwerpen bestemd voor het vervaardigen van valsheid

Hieronder vallen onder andere:

- a) voorhanden hebben van materiaal voor geldvervalsing (art. 214)
- b) voorhanden hebben van materiaal voor zegelvervalsing (art. 223)
- c) voorhanden hebben van materiaal voor effectenvervalsing e.d. (art. 234)

Gevat in een schema ziet dit eruit als volgt.

strafbaarheid van valsheid bepaald door		bepaalde objecten	
		geschriften	andere dan geschriften
bepaalde valsheids- gedraging	vervalsen	1	2
	gebruiken vervalste	3	4
	bezit vervalste	5	6
	bezit voorwerpen ter vervaardiging vervalste		7

Figuur 3. Basisindeling strafbaarheid valsheid

De keuze voor strafbaarstelling van een bepaald gedragingstype hangt samen met de (mogelijke) *gevolgen* die (het gebruiken van) valsheid heeft in de samenleving. Gevat in een schema geeft dit het volgende beeld.

geëiste benadeling bij valsheid		t.a.v. plaatsgrijpen			
		vindt in werkelijk- heid plaats	er ontstaat alleen gevaar voor	wordt door dader beoogd	alleen weten- schap bij dader
t.a.v. vormen	abstract nadeel		1	2	3
	concreet nadeel	4	5	6	7

Figuur 4. Benadeling door gebruik van het vervalste

Het gebruiken moet worden gezien als de brug naar het (mogelijke) nadeel. Door het gebruiken wordt de valsheid immers pas blootgesteld aan derden. Vervaardigen en gebruiken kan door een en dezelfde persoon geschieden, terwijl de vervaardiger van de valsheid zich ook tot het vervalsen (of vals opmaken) kan beperken. De geproduceerde valsheid kan dan het gebruik door derden tot gevolg hebben. De Commissie is het dan ook, voor valsheid in geschriften, met Pols eens dat de grond van strafbaarheid van de valsheid gelegen is in hetzij het gebruik, hetzij het beoogde gebruik.²³ Over de vraag of in de bepaling van valsheid in geschriften de aanduiding van het gebruik een toevoeging behoeft met het oog op het nadeel dat daaruit kan voortvloeien, bestaat verschil van mening. Over de eis van nadeel als zodanig is men het dus eens; het meningsverschil richt zich alleen op de vraag hoe het nadeel in de redactie van het artikel tot uitdrukking moet worden gebracht. Twee gezichtspunten staan tegenover elkaar. Enerzijds de opvatting van Pols dat het nadeel met zoveel woorden in de delictsomschrijving moet worden opgenomen. Anderzijds die van De Pinto die, mede blijkens het door hem opgestelde redactie-voorstel²⁴, meent dat het nadeel verkleefd is met de bewijsbestemming zodat een afzonderlijke aanduiding overbodig is.^{25/26}

23 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 465-466.

24 Het voorstel is als volgt:

*"Hij die een geschrift waaruit eenig regt, eenige verplichting of eene bevrijding van schuld kan ontstaan, of dat tot bewijs van eenig feit [of regt] kan dienen, valschelijk opmaakt of vervalscht, met het oogmerk om het als echt of onvervalscht te gebruiken of door anderen te doen gebruiken, wordt, als schuldig aan valsheid in geschriften, gestraft (...)."

***"Hij die zonder de valsheid of vervalsching gepleegd te hebben, desbewust gebruik maakt van het valsche of vervalschte geschrift als ware het echt of onvervalscht, wordt gestraft (...)" (Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 460-462).

25 Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 487-488.

26 De Pinto is bovendien van mening dat zijn eigen redactie-voorstel objectieve kenmerken aandraagt om het nadeel *in abstracto* vast te stellen, terwijl de door de andere leden voorgestane redactie (met de toevoeging 'indien uit dat gebruik enig nadeel kan ontstaan') zonder noodzaak dit aanknopingspunt terzijde schuift en aan de rechter overlaat het nadeel *in concreto* te bepalen. Hij stelt dan ook voor de uitdrukking 'waaruit enig recht, enige verbintenis of enige bevrijding van schuld kan ontstaan of dat tot bewijs van enig feit kan dienen' maar te laten vervallen, omdat deze nu geen nut meer heeft. De overige leden zijn het evenwel eens met De Wal die stelt dat menige vervolging wegens

Modderman en De Wal zijn het weliswaar met een uitdrukkelijke vermelding van het nadeel (de opvatting van Pols) eens, maar vinden dat de *wetenschap* van het nadeel moet worden vermeld.^{27/28} Doordat De Wal een wending maakt naar de opvatting van Pols, wordt uiteindelijk besloten de mogelijkheid van nadeel uitdrukkelijk in de wet vast te leggen, zonder de wetenschap van het nadeel als bestanddeel op te nemen.²⁹

Wordt door de Commissie (en de wetgever) aan het gebruiken geen wetenschap van nadeel verbonden, wel wordt het gebruiken geclausuleerd met de voorwaarde dat dit 'als echt en onvervalst' geschiedt. Duidelijk blijkt daarbij hoe groot de afstand is geworden van de Franse bepaling, waarbij voorzitter De Wal zich aanvankelijk in zijn voorstel had aangesloten. Het vereiste van 'dessein de nuire' (De Wal sprak van 'misdadig doel'³⁰) zoals dat in de Code Pénal van 1811 (art. 405) geldt³¹, wordt namelijk afgezworen. "De dolus", zo stelt de Commissie, "ligt in de misleiding, het oogmerk om het stuk voor echt te doen doorgaan, niet in het opzet tot eigen bevoordeeling, of anderer benadeeling".³²

Deze voorwaarden voor strafbaarheid weerspiegelen het besluit van de Commissie om valsheid en bedrog principieel van elkaar te scheiden. Deze beslissing wordt op het scherp van de snede bevestigd naar aanleiding van de opvatting van Pols die uitgaat van een nauwe verbondenheid van valsheid en bedrog. In de volgende paragraaf wordt dit aan de orde gesteld.

3.3 De verhouding tussen valsheid en bedrog

3.3.1 Controverse tussen Pols en de overige leden

Een belangrijk discussiepunt in de commissie is gelegen in de kwestie dat het terrein van bedrog en valsheid grofweg op twee wijzen kan worden benaderd: men kan de nadruk leggen op de verschillen dan wel op de overeenkomsten tussen de beide begrippen.

gemis van mogelijk nadeel in abstracto door de bedoelde woorden wordt voorkomen, zonder nader —want overbodig— onderzoek naar de mogelijkheid van nadeel in concreto (Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 489-490; 494).

27 Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 484.

28 De Wal had in zijn voorstel, waarmee hij de de discussie inleidde, zelfs gesproken van 'misdadig doel', een uitdrukking die sterk doet denken aan het Fransrechtelijke 'dessein de nuire'. Door instemming met het voorstel van De Pinto werd van deze eis evenwel afstand genomen. Notulen Commissie-De Wal, bijlagen 43; Bakker, Valsheid in geschrift, p. 23.

29 Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 488-489.

30 Notulen Commissie-De Wal, bijlagen 43.

31 Aanvankelijk stelde de Commissie nog unaniem vast dat het vereiste van 'dessein de nuire', afgezien van intellectuele valsheid door ambtenaren, moest worden gehandhaafd. Met het redactie-voorstel van De Pinto werd kennelijk stilzwijgend van deze opvatting afstand gedaan (Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 237). Zie ook Bakker, Valsheid in geschrift, p. 23-24.

32 Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 402.

Twee opvattingen hieromtrent staan lijnrecht tegenover elkaar. Aan de ene kant de opvatting van Pols, aan de andere zijde die van de overige leden. In de bespreking van de titel over valsheid in geschriften ventileert Pols zijn ideeën. Volgens hem is er sprake van een zeer nauw verband tussen valsheid in geschriften en bedrog. De beschouwingen in het achtste hoofdstuk zullen uitwijzen dat zijn opvatting niet aan actualiteit heeft ingeboet. Om die reden wordt de volledige notulering van zijn betoog weergegeven³³:

"De heer Pols heeft het onderwerp van dezen titel anders opgevat. Volgens hem bestaat er een zeer naauw verband met het misdrijf van *bedrog*. Niet het vervalschen, maar het *gebruik maken* van het valsche of vervalschte geschrift moet op de voorgrond treden. Dit toch is de grond der strafbaarheid: de valscheid wordt slechts strafbaar hetzij door het gebruik, hetzij door het doel om te gebruiken. Dringt men tot het wezen der zaak door, zoo blijkt, dat de valscheid eigenlijk slechts het middel is tot het misdrijf van gebruik van het valsche, het is eene verwijderde poging, een acte préparatoire, die in dit bijzonder geval voorzeker strafbaar moet wezen, maar geenszins het kenmerkende element vormt. Het vervalschen moet, evenals of 't poging ware, één graad ligter gestraft worden dan het gebruik maken. Bij dit stelsel voorkomt men ook de opéénstapeling van afzonderlijke misdrijven, met name van bedrog of oplichting en valscheid, waar in werkelijkheid alles één geheel is. Spreker zou alzoo in de eerste plaats de straf tegen oplichting wenschen verzwaaard te zien voor het geval de 'listige kunstgrepen' bestaan in 'het desbewust gebruik maken van valsche of vervalschte geschriften'. Eene tweede bepaling zou straf bedreigen tegen hem die, buiten het geval in het vorig art. gemeld, met het oogmerk om een ander te benadelen, gelijke geschriften bezigt. En voorts een derde bepaling met lichtere straf, waarin gewaakt wordt tegen hem die valsche of vervalschte geschriften vervaardigt met het oogmerk dat daarvan ten nadele worde gebruik gemaakt. Naarmate van de aard der geschriften kunnen overigens gradatiën in de straf worden aangenomen."

Het eerste tegenargument is afkomstig van Modderman. Hij wijst op het grote verschil tussen valsheid en bedrog. Bedrog, zo vervolgt hij, is immers pas voltooid als er materieel bedrogen is. Dit is, volgens Modderman, voor valsheid volstrekt geen vereiste, ook niet in het stelsel van Pols, want deze eist slechts dat van het valse stuk wordt *gebruik* gemaakt en dit kan gebeurd zijn ook zonder dat er *bedrogen* is. Deze overeenkomst heeft valsheid met meened — waar evenmin bedriegen vereist wordt. Bij beide gaat het namelijk om het vervalsen van iets dat in rechte als bewijsmiddel kan dienen. Kortom: 'bedrog' is een gevolgsdelict en valsheid een gevaarzettingsdelict. Valsheid heeft, volgens Modderman, drie elementen: (a) een zodanig stuk waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn; (b) de valsheid of de vervalsing en (c) het oogmerk om het stuk voor iets anders te doen doorgaan dan het werkelijk is.³⁴

33 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 462-464.

34 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 464-465.

Ook de andere leden keren zich tegen de opvatting van Pols. Zij stellen dat bij alle door de commissie strafbaar gestelde soorten bedrog het *schenden van vermogensrechten*, als doel van de dader, op de voorgrond staat. Bij valsheid is dat niet het geval. Evenmin kan men inzien dat het gebruik maken zwaarder gestraft moet worden dan het vervalsen. Juist dat laatste vordert volgens hen veel meer overleg, terwijl daarvan een groter verdorvenheid van de dader uitgaat. Bovendien geschiedt het meestal op grote schaal en is het in zeker opzicht "gemeingefährlich".

Een ander tegenargument is dat het eigenaardige karakter van valsheid in *authentieke* akten in het stelsel van Pols geheel zal verdwijnen.

Met vier tegen een wordt het voorstel van Pols weggestemd en besluit men het te houden bij een afzonderlijke strafbaarstelling van het gebruik maken van een vals geschrift naast valsheid ten principale, dus los van eventueel gebruik.³⁵

Later wordt vastgesteld dat op het gebruik maken door hem die de valsheid niet heeft gepleegd, maar het oogmerk heeft om het geschrift voor echt te doen doorgaan, dezelfde straf zal worden gesteld als op het vervalsen.³⁶

Het is interessant om deze controverse tussen Pols en de overige commissieleden in het licht van de moderne ontwikkelingen omtrent het delict valsheid in geschrift te beschouwen. De opvatting van Pols blijkt dan namelijk meer visie uit te stralen, dan door zijn opposenten kennelijk werd onderkend.³⁷ Hierover meer in het achtste hoofdstuk.

Op een later tijdstip in dezelfde vergadering komt men nog op de verhouding tussen valsheid in geschrift en oplichting terug. Opgemerkt wordt dat tussen materiële valsheid en oplichting een meerdaadse samenloop kan plaatshebben, terwijl van een eendaadse samenloop sprake kan zijn tussen het gebruik maken van het valse of vervalste stuk en oplichting. Bakker merkt terecht op dat niet valt in te zien dat de eendaadse samenloop beperkt zou zijn tot materiële valsheid, omdat, blijkens bijvoorbeeld HR 10 mei 1949, NJ 1949, 539, bij het gebruik van intellectueel valse geschriften (in casu: orderbriefjes met verzonnen inhoud) eveneens van eendaadse samenloop tussen valsheid en oplichting sprake kan zijn.³⁸

35 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 465.

36 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 470.

37 Dat Pols dingen vaak anders (en scherper) zag dan zijn tijdgenoten blijkt ook op andere fronten. Allereerst zijn bijdrage (in de vorm van een omvangrijke reactie in RM Themis op twee preadviezen van de NJV) aan de discussie over de negatief-wettelijke bewijsregeling (zie hierover Nijboer, Naar een vrije bewijsregeling, DD 12 (1982), p. 189). Vervolgens de invloedrijke verhandeling over 'schuld' in TvS III (1889), p. 93-125. En tenslotte zijn opvattingen over de afgrenzing van materieel en formeel strafrecht (Nijboer, De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving, p. 37).

38 Bakker, Valsheid in geschrift, p. 25.

3.3.2 *Intellectuele en materiële valsheid*

De onderscheiding die de wetgever heeft aangebracht tussen valsheid en bedrog hangt voor een groot gedeelte samen met de opvattingen die werden gehanteerd met betrekking tot het onderscheid tussen materiële en intellectuele valsheid.

Deze onderscheiding vindt vermoedelijk haar oorsprong in de Franse doctrine³⁹ en functioneert tot op heden in de Nederlandse dogmatiek —en in die van vele andere West-Europese landen— als een handvat om valsheid in zijn diverse verschijningsvormen te rubriceren. Over de taalkundige betekenissen van intellectuele en materiële valsheid⁴⁰ leek in de commissie geen verschil van mening te bestaan. Het onderscheid is overigens alleen relevant bij geschriften en niet bij andere gegevensdragers.⁴¹ Doordat alleen geschriften kunnen functioneren als een medium waarop het gesproken woord wordt vastgelegd, als ‘proces-verbaal’, is uitsluitend bij die gegevensdragers intellectuele valsheid denkbaar.

Intellectuele valsheid bestaat uitsluitend in de vermelding van een onwaarheid in een geschrift dat (overigens) aan alle wettelijke vereisten voldoet. Er is bijvoorbeeld achteraf niets in veranderd en het is door een bevoegde opgemaakt.⁴² Deze vorm van valsheid heeft dus slechts betrekking op de inhoud van de gegevens. Intellectuele valsheid is uitsluitend verbonden met de term ‘valselijk opmaken’ (zie art. 225 Sr). ‘Vervalsen’ duidt immers op gevallen waarin het geschrift niet door een bevoegde is opgemaakt of achteraf is veranderd. Een voorbeeld van intellectuele valsheid is een onjuiste koopprijs die een notaris in opdracht van partijen vermeldt in een akte terzake van de koop en verkoop van een onroerend goed.

Materiële valsheid daarentegen betreft in de eerste plaats de aantasting van de gegevensdrager zelf, doordat daarin of daarop door een daartoe niet bevoegde gegevens zijn veranderd, verwijderd of toegevoegd. De gegevensdrager zendt dan andere gegevens uit dan hij aanvankelijk deed. Of die gegevens op waarheid berusten is voor materiële valsheid niet relevant (bij intellectuele valsheid is dit juist essentieel).⁴³ Voorbeelden zijn de wijziging van persoonsgegevens in een paspoort en de valse handtekening onder een document, zodat het lijkt dat het stuk afkomstig is van een ander dan de werkelijke schrijver.⁴⁴ In de tweede plaats geldt als zodanig het vervaardigen (dus niet: veranderen) van een gegevensdrager zodanig dat het lijkt op het echte (originele), maar niet het echte is (nabootsen). Het vervaardigen van bankbiljetten met behulp van een kleurencopieerapparaat is een voorbeeld van deze variant van materiële

39 Zie hierover Van Hattum/Van Bemmelen, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, deel II, p. 404–405; Simons, *Aantekeningen op de artikelen 225–227 van het wetboek van strafrecht*, TvS V, p. 154.

40 De Commissie bediende zich in veel gevallen van de Franse termen: ‘faux intellectuel’ en ‘faux matériel’.

41 Van Hattum/Van Bemmelen, *Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht*, deel II, p. 405.

42 Zie ook Simons, *Aantekeningen op de artikelen 225–227 van het wetboek van strafrecht*, TvS V, p. 154.

43 Bakker, *Valsheid in geschrift*, p. 84.

44 Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Het wetboek van strafrecht*, aant. 10 bij art. 225 (suppl. 11).

valsheid. Een derde categorie tenslotte van materiële valsheid bestaat in het produceren (bij geschriften: vals opmaken) van een gegevensdrager door iemand die daartoe onbevoegd is. Voor geschriften kan het gaan om een koper van onroerend goed die zelf een akte opmaakt en ondertekent, terwijl hij doet voorkomen dat de akte ten overstaan van de notaris is verleden.

De materiële valsheid beperkt zich in tegenstelling tot de intellectuele niet tot geschriften. Ook munten, zegels of merken kunnen (materieel) worden vervalst. De materiële valsheid betreft in principe tevens de inhoud van de gegevensdrager. Intellectuele valsheid is dan geïmpliceerd. Bakker merkt in dit verband op dat het juist zou zijn om te spreken van respectievelijk 'materiële valsheid' en 'louter intellectuele valsheid'.⁴⁵

Samenvattend kunnen de volgende omschrijvingen worden gegeven.

Intellectuele valsheid: een op schrift gestelde leugen; de valsheid is uitsluitend gelegen in de inhoud. Sommigen noemen dit ook wel 'bedrog'.⁴⁶

Materiële valsheid: a. aantasting van de gegevens op een gegevensdrager (geschrift) b. nabootsen van een gegevensdrager c. vervaardigen van een gegevensdrager door een onbevoegde.

De discussie hieromtrent in de Commissie-De Wal ontspringt zich naar aanleiding van de kwestie wat onder 'valselijk opgemaakt' in de bepaling over valsheid in geschrift moet worden verstaan.

De Pinto is van mening dat onder deze uitdrukking uitsluitend materiële valsheid begrepen is. De overige leden denken daar anders over. Volgens hen moet onder de bewuste uitdrukking ook intellectuele valsheid worden gerekend.⁴⁷ 'Vervalsen' kan dus slechts betrekking hebben op materiële valsheid, terwijl 'valselijk opmaken' kan duiden op beide vormen van valsheid.⁴⁸ Een voorbeeld van materieel vals opmaken is, zoals gezegd, het opstellen (dus niet: veranderen) van een akte door iemand die daartoe onbevoegd is.⁴⁹

De Commissie heeft beide vormen onder valsheid in geschriften gerangschikt. Een andere rubricering was echter niet ondenkbaar geweest. Zoals bijvoorbeeld de Duitse wetgeving (art. 267 Str.Gb.) laat zien, is het ook mogelijk om de valsheid te beperken tot materiële valsheid en de intellectuele valsheid bij bedrog in te delen. Als uitgangs-

45 Valsheid in geschrift, p. 83.

46 Zie Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, deel II, p. 404. In plaats van 'valsheid in geschrift' zou vanuit dit gezichtspunt ter aanduiding van intellectuele valsheid gesproken kunnen worden van 'bedrog in geschrift'.

47 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 474-475.

48 In gelijke zin de memorie van toelichting, Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 250; HR 18 juni 1888, W 5577. Anders: Van Bemmelen in Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, deel II, p. 433.

49 Bakker, Valsheid in geschrift, p. 84.

punt wordt dan gekozen dat de intellectuele valsheid het geschrift niet aantast, maar alleen als middel wordt gebruikt om een leugen te debiteren.⁵⁰

Zoals gezegd heeft de commissie deze weg niet bewandeld. De rubricering van intellectuele valsheid onder 'valsheid in geschriften' en niet onder 'bedrog' lag al besloten in het concept voor valsheid in geschriften van de hand van voorzitter De Wal.⁵¹ De discussies, onder meer de eerder genoemde over de reikwijdte van de term 'valselijk opmaakt' en over de vraag welke feiten intellectuele valsheid opleveren⁵², werden gevoerd vanuit dit kennelijk stilzwijgend aanvaarde uitgangspunt. De achtergrond van deze keuze werd volgens Bakker ingegeven door twee gedachten: enerzijds dat elk geschrift de waarheid zal bevatten en anderzijds dat elk geschrift zonder enige aantasting zal zijn geschreven door degene van wie het heet uit te gaan. De gekozen rubricering sluit dus, volgens Bakker, geheel aan bij de ratio van artikel 225 Sr, te weten de bescherming van het vertrouwen dat in de samenleving in bepaalde stukken wordt gesteld.⁵³ Met deze rubricering heeft de wetgever overigens de vooral in de Duitse dogmatiek uitgewerkte onderscheiding tussen valsheidsmisdrijven als delicten die de publica fides beschermen en bedrogsdelicten als vermogensmisdrijven verwerkt. Al met al zijn aan het onderscheid tussen intellectuele en materiële valsheid kennelijk geen rechtsgevolgen verbonden. In dat verband dringt de vraag zich op of de Duitse indeling geen onnodige verwarring schept.

3.3.3 Warenvervalsing — een uitzondering

De eerder weergegeven opvatting van Pols, dat het gebruik maken de crux vormt van de valsheidsmisdrijven, werd weliswaar niet in zijn algemeenheid door de andere commissieleden gedeeld, zij vond op een onderdeel wel ingang, te weten bij de warenvervalsing (art. 330 Sr.). Niet de vervalsing als zodanig is strafbaar gesteld, zoals bij de overige valsheidsmisdrijven, maar het te koop aanbieden of afleveren van de vervalste waar, wetende dat die waar vervalst is en die vervalsing verzwijgende.

Deze bepaling moet worden beschouwd in verband met artikel 174 Sr (verkoop van voor de gezondheid schadelijke waren), een gemeengevaarlijk delict. Kennelijk voert het voor de wetgever te ver om voor de objecten die in artikel 330 zijn genoemd (eet- en drinkwaren en geneesmiddelen) het vervalsen zelf en/of het 'oogmerk om de vervalste waar te gebruiken' al strafbaar te stellen.⁵⁴ Hij stelt de eis dat deze waren verkocht, te koop aangeboden of afgeleverd werden. Daarbij komt dat ten tijde van de

50 Zo schijnt de Deense jurisprudentie het fenomeen 'intellectuele valsheid' geen zelfstandige betekenis meer te geven. De term 'intellectuele valsheid' wordt als misleidend ervaren. Men beschouwt de betrokken papieren als documenten waarin onware gegevens zijn opgeslagen, terwijl het stuk zelf niet vals is. De documenten worden als middelen beschouwd om bedrog te plegen. Aldus de Deense hoogleraar Greve, *The Danish Approach*, in: *EC Fraud*, p. 44).

51 Notulen Commissie-De Wal, bijlagen 43.

52 Notulen Commissie-De Wal, deel II, p. 591.

53 Bakker, *Valsheid in geschrift*, p. 84.

54 Andere voorbeelden waarbij alleen het daadwerkelijk gebruik maken strafbaar is zijn genoemd bij het overzicht in par. 3.2.

totstandkoming van deze bepaling de —bij de Wet Economische Delicten aangehaakte— Warenwet reeds verdergaande garanties biedt tegen waren vervalsing.⁵⁵

Uit de rubricering van de warenvervalsing door de wetgever volgt dat de opvatting van Pols ertoe dwingt om per object zorgvuldig af te wegen of het zich wel leent voor een zelfstandige strafbaarheid van vervalsing.

3.3.4 *Dolus-eis als onderscheidend criterium*

Het voorgaande geeft aan dat, meer in het bijzonder, de dolus-eis een aspect vormt waarmee de wetgever een belangrijk verschil tussen valsheid en bedrog heeft gemarkeerd. Het "bedriegelijk opzet" (intention frauduleuse, dessein de nuire) dat dusverre in de rechtspraak als vereiste voor valsheid in geschrift gold, wordt voor artikel 225 te ruim geacht. Niet de eigen bevoordeling of de benadeling van de ander bij wijze van *mogelijk* einddoel moet worden geëist, maar louter het oogmerk van misleiding. In de bestaande rechtspraak worden volgens de wetgever het motief en het oogmerk verwisseld. Teneinde een afbakening ten opzichte van bedrog te bewerkstelligen, kiest men voor een misleidingsoogmerk dat direct gekoppeld is aan de valsheid.⁵⁶ De Pinto merkt hierover in de vergadering op: "Het misdadige doel ligt in de misleiding en de misleiding bestaat daarin, dat men het vervalste stuk voor echt doet doorgaan en aanwendt tot de bestemming van het echte stuk".

Bij bedrog daarentegen is wel sprake van een bevoordelingsoogmerk. Wat dit oogmerk precies inhoudt komt bij de beraadslagingen over bedrog niet uitdrukkelijk aan de orde. Dit hangt kennelijk enerzijds samen met het feit dat de wetgever aan het leerstuk van opzet als zodanig bijzondere beschouwingen heeft gewijd en anderzijds met de opmerkingen over het gelijkkluidende bestanddeel bij afpersing. De wetgever heeft wat de onderscheiding tussen (formeel) opzet en oogmerk betreft aangesloten bij de termen 'Vorsatz' en 'Absicht' uit de Duitse dogmatiek. Het oogmerk wordt opgevat als 'naaste doel' en is bedoeld als een opzetvariant die op een meer specifiek doel is gericht. Het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen (in onder meer art. 326) of om een vals stuk voor echt te laten doorgaan (in onder meer art. 225) zijn daarvan voorbeelden.⁵⁷ Het oogmerk ontleent zijn betekenis dus telkens aan het bepaalde misdrijf waaraan het is verbonden.⁵⁸

Het onderscheid tussen oogmerk en motief valt dus samen met dat tussen direct en verwijderd, onmiddellijk en middellijk gevolg. Het middellijke gevolg, door de wetgever omschreven als "de vrucht die men voor zich zelf of een ander van de gebeurtenis verwacht", en dus de drijfveer, het motief⁵⁹, blijft buiten beschouwing. Het schema van de wetgever veronderstelt slechts één juridisch relevante schakel,

55 Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, deel II, p. 401.

56 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 250; zie ook: Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 174-175.

57 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel I, p. 71.

58 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel I, p. 74; Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 175.

59 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel I, p. 74.

namelijk die tussen de beweging en het direct gevolg. Nieboer merkt op dat artikel 326 van dit schema afwijkt doordat het *twee* relevante schakels kent: allereerst die tussen de bedrieglijke gedragingen en het bewegen tot afgifte enzovoort en vervolgens die tussen het bewegen tot afgifte en de bevoordeling. Van de bevoordeling, die onderwerp is van het oogmerk, kan evengoed gezegd worden dat deze het *motief* is van de bedriegende gedraging. In de opvatting van Nieboer openbaart zich hier een bezwaar van het causale schema dat de wetgever hanteerde voor zijn schuldleer.⁶⁰ Deze heeft mede ten gevolge gehad dat twee soorten oogmerk-delicten zijn ontstaan: oogmerk waarbij het doel niet behoeft te worden bereikt en die waarbij dit wel het geval is. Nieboer noemt deze respectievelijk continuatie-oogmerk en kwalificatie-oogmerk. De eerste variant treft men aan bij valsheid in geschrift⁶¹, de tweede soort bij oplichting. Wat artikel 225 betreft behoeft het gebruiken niet plaats te vinden, terwijl voor artikel 326 de bevoordeling als een nadere kwalificatie van het bewegen tot afgifte (enzovoort) moet worden opgevat.⁶²

3.4 Positie in het stelsel van de wet

De onderscheiding die door de commissie is gemaakt tussen valsheid en bedrog is niet alleen gefundeerd op de onderlinge verhouding van bedrog en valsheid, maar is ook de weerslag van de plaatsbepaling van de beide delictscategorieën in het tweede boek van het wetboek van strafrecht als geheel.

Zo wenst Pols, in aansluiting bij het Franse stelsel, bedrog te doen aansluiten bij bepalingen als diefstal, afpersing en misbruik van vertrouwen (later: verduistering). Oplichting, dat moet worden onderscheiden van bedrog, wordt door hem beschouwd als een species van zowel bedrog als verduistering. Ook Modderman beschouwt oplichting als een combinatie van diefstal en misbruik van vertrouwen. Hij licht dit toe door te stellen dat men bij diefstal het gewenste voorwerp in zijn bezit krijgt *tegen*, bij misbruik van vertrouwen *met* de wil van de rechthebbende. Bij oplichting is formeel die wil aanwezig, materieel niet.⁶³

De redactie van oplichting weerspiegelt de voorgaande opvattingen. Met name de opbouw van het delict afpersing (art. 317 Sr⁶⁴) komt in artikel 326 terug.

60 Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 159-160.

61 Het oogmerk hoeft hier zelfs niet op een *gevolg* te zijn gericht. Als iemand documenten vervalst met het oogmerk om deze als echt en onvervalst te gebruiken of te doen gebruiken (art. 225 lid 1) dan is het daadwerkelijk gebruik (art. 225 lid 2) geen gevolg van de vervalsing, terwijl die vervalsing wel een onmisbare voorwaarde is (Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 161).

62 Nieboer, Wetens en willens, p. 32.

63 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 418.

64 Art. 317 lid 1: "Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt hetzij tot de afgifte van enig goed dat geheel of ten dele aan deze of aan een derde toebehoort, hetzij tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, hetzij tot het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer, wordt, als schuldig aan afpersing, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie."

Wordt bedrog aangemerkt als een rubriek van vermogensdelicten, valsheid spitst zich, in de woorden van Modderman, toe op het vervalsen van iets dat in rechten als bewijsmiddel kan dienen. Dat heeft de valsheid gemeen met meened, aldus Modderman. Vandaar dat de titels van valsheid zijn opgenomen onmiddellijk na die van meened.⁶⁵

3.5 De grenzen van het strafrecht

3.5.1 De eenvoudige leugen niet strafbaar

Hoe ver moet de strafwetgever gaan in het beschermen van de burgers tegen misleiding? Die vraag brengt in de commissie twee leidende gedachten voort. Enerzijds de door de Verlichting geïnspireerde natuurrechtelijke idee van het aan de burger toekomende recht op waarheid.⁶⁶ Anderzijds de opvatting van de meer liberaal ingestelden. Zij willen waken tegen een al te gestrenge beteugeling van het menselijk samenhandelen. De Wal representeert de eerstgenoemde opvatting, terwijl vooral Modderman zich laat leiden door de tweede gedachte.

Wat de valsheid in geschriften betreft, kwam reeds impliciet ter sprake dat de wetgever niet elke op schrift gestelde leugen strafbaar heeft willen stellen, maar de strafbaarheid afhankelijk heeft gesteld van de aard van het geschrift. De wetgever koos daarbij de bewijsbestemming als beschermingscriterium.⁶⁷ Het meest expliciet komen de zojuist onderscheiden standpunten evenwel tot uitdrukking bij de bespreking van bedrog. In paragraaf 3.1. kwam reeds naar voren dat De Wal voorstander is van het strafbaar stellen van elk bedrog. Modderman grijpt in zijn kritiek op het voorgestelde delictsbestanddeel 'het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten', dat hij met het oog op de te grote belemmering van het handelsverkeer te ruim vindt, terug op die opvatting van De Wal. Een citaat uit de notulen⁶⁸:

"Overgaande tot de titel over *bedrog*, zegt de heer Modderman, dat hij bezwaar blijft maken (vg. Not. 43° Verg. sub n° 7) tegen *art. 1 van het concept*⁶⁹, zoolang daarin nevens 'kunstgrepen' nog vermeld wordt 'het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten'. Die bijvoeging maakt de bepaling te ruim; de fruitverkoper die de goede waar boven, de slechte onder legt en alles te zamen als goed verkoopt, zou daarin begrepen zijn, ja men zou in de praktijk ongemerkt komen tot hetgeen de voorzitter in de 43° Verg.

65 Zie par. 3.3.1.

66 Meer over deze gedachte in II.3.

67 Zie nader: Bakker, Valsheid in geschrift, p. 51 e.v.

68 Notulen Commissie-De Wal, deel II, p. 496.

69 Luidende: "Hij die met het oogmerk om zich of anderen wederregtelijk te bevoordeelen, hetzij door het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten, hetzij door het aannemen van valsche namen of het voorwenden van valsche hoedanigheden, hetzij door listige kunstgrepen iemand beweegt tot de afgifte van eenig goed of tot het aangaan eener schuld of het kwijten eener inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting, gestraft met ..."

wenschte maar door de commissie *niet* werd overgenomen, namelijk om elk bedrog strafbaar te stellen. Dit gaat te ver; men behoort te eischen zoodanig weefsel van bedrog waarvan een verstandig mensch de dupe wordt, gelijk wordt uitgedrukt door de term 'listige kunstgrepen'. Dat art. 405 C.P. te eng is, ligt niet aan de "manoeuvres frauduleuses" maar aan het daarenboven gevorderde drieledige oogmerk der kunstgrepen en aan de afgifte als vereischten zelfs van poging tot dit misdrijf."

Modderman krijgt steun van Loke en Pols. De door Modderman betwiste formulering geeft aanleiding om elke leugen hieronder te begrijpen, zo stelt Loke. Waaraan Pols toevoegt: "oplichting is het waarschijnlijk maken van het gelogene, er moet een handeling zijn verrigt om den leugen waarschijnlijk te maken".⁷⁰

Uiteindelijk wordt eenstemmig, op voorstel van De Pinto, 'door een samenweefsel van verdichtfels' in de plaats gesteld van de gewraakte uitdrukking. Daarnaast besluit men tot handhaving van 'listige kunstgrepen' om de gevallen te ondervangen waarbij het strafbare feit wordt gepleegd zonder een woord daarbij te spreken.⁷¹

Bij de beraadslagingen over dit delict in de tweede kamer naar aanleiding van het door Commissie-De Wal ingediende ontwerp verwoordt Modderman de grenzen van strafbaarstelling bij oplichting als volgt: "Wij zijn het, geloof ik, allen eens dat een eenvoudige leugen voor het misdrijf van artikel 326 niet voldoende mag zijn. Volgens een oude spreuk⁷² komt het regt niet te hulp aan dwazen, maar alleen aan hen, die misleid worden door leugens gekleed in een zoodanig omhulsel dat ook de burger van gewone voorzigtigheid de dupe kan worden."⁷³ Om die reden komt, zoals in de memorie van toelichting wordt gesteld, de nadruk bij oplichting te liggen op de "overredende kracht der gebezigde middelen, geschikt om den bij zijne handelingen in het maatschappelijke verkeer nadenkenden mensch te verschalken".⁷⁴

3.5.2 De oplichtingsmiddelen

3.5.2.1 Intern open, extern gesloten stelsel

De constructie van het stelsel van 'oplichtingsmiddelen' laat zich goed vatten in de taalkundige theorie van de betekenisvelden. In haar moderne versie veronderstelt deze theorie bij elke term een betekenis-kern met een uitstraling. Die 'stralen' kunnen in elkaar grijpen. De 'velden' zijn daardoor niet scherp afgegrensd als een mozaïek.⁷⁵ Ondanks de bezwaren die tegen deze benadering zijn aangevoerd⁷⁶, kan ze voor de

70 Notulen Commissie-De Wal, deel II, p. 479.

71 Zie vorige noot.

72 Modderman doelt vermoedelijk op de Latijnse spreuk 'Jus vigilantibus scriptum est' (Het recht is geschreven voor de waakzamen).

73 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 519.

74 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 514.

75 Van den Bergh, Recht en taal, p. 23 en 40 e.v.

76 Van den Bergh, Recht en taal, p. 41. Er kleven inderdaad bezwaren aan de theorie van de betekenisvelden. Zo kan het woordenveld als zodanig niet eenduidig worden gedefinieerd. Het veld is in feite axiomatisch bepaald. Het is willekeurig afgebakend. Het systeem zou in deze optiek bovendien

onderhavige studie toch in beperkte mate dienstbaar zijn. Ze maakt namelijk duidelijk dat de betekenissen van de termen elkaar kunnen overlappen. Bovendien laat ze zien dat begrippen *binnen een systeem* (een betekenisveld) kunnen functioneren als communicerende vaten.⁷⁷

De ratio van het stelsel is dat sprake moet zijn van een misleiding door meer dan een eenvoudige leugen. De misleiding krijgt door de oplichtingsmiddelen een gekwalificeerd karakter. Met het oog op de rijke schakering van mogelijkheden om anderen om de tuin te leiden heeft de wetgever de behoefte gevoeld aan verschillende oplichtingsmiddelen die de gekwalificeerde misleiding in haar vele varianten dekken.

De commissie van rapporteurs in de tweede kamer heeft bezwaren tegen de formulering van een aantal bestanddelen en doet een voorstel om het stelsel van oplichtingsmiddelen (en tevens het daarmee bereikte resultaat) wat meer open te formuleren. Voor de nadere onderscheidingen in de diverse middelen is volgens haar onvoldoende grond. "Het is in dit stelsel onverschillig op welke wijze het bewijs der onwaarheid is vervalst", aldus de commissie. Zij huldigt dan ook de opvatting dat *ieder* bedrieglijk middel dat het gewenste doel heeft gehad voldoende is om strafwaardige oplichting (de commissie geeft de voorkeur aan de kwalificatie 'bedrog') te voltooien.^{78/79} De regering houdt evenwel —zonder bijzondere motivering— vast aan het bestaande stelsel. Kennelijk vindt ze dat de huidige omschrijvingen enerzijds adequaat de eenvoudige leugen buiten de deur houden, en anderzijds voldoende flexibiliteit bezitten om geen bedriegers door de mazen van de wet te laten schieten.⁸⁰ Blijkbaar vertrouwt de wetgever erop dat de rechter de middelen dusdanig zal interpreteren dat ze elkaar naadloos aanvullen en eventueel zelfs in elkaar overvloeien, om te voorkomen dat er een hiaat ontstaat.

Naast het feit dat de regering de voorgestelde open formulering afwijst, maken de discussies over de diverse oplichtingsmiddelen duidelijk dat de wetgever de verschillende varianten van gekwalificeerde misleiding niet exemplarisch maar uitputtend heeft bedoeld. Zoals ook uit de onderstaande besprekingen van de diverse oplichtingsmiddelen blijkt, is het stelsel van oplichtingsmiddelen naar de opvatting van de wetgever wat de *interne* afgrenzing betreft een open systeem (dus geen hiaten en desnoods over-

hermetisch worden afgesloten. Vooronvoorziene ontwikkelingen die aanleiding zouden kunnen geven tot uitbreiding van het veld zou geen plaats zijn. Bedacht moet immers worden dat het niet uitgesloten is dat nieuwe fenomenen een vergroting van het gehele betekenisveld (in casu het wetboek van strafrecht) noodzakelijk maken. Men denke aan ontwikkelingen op het gebied van de computertechniek en de daarmee samenhangende computercriminaliteit. Dit neemt echter niet weg dat de 'ster' die erbij komt met zijn stralen in het bestaande veld zal moeten grijpen. Een ander bezwaar is dat wordt voorondersteld dat het veld door de gehele desbetreffende woordengroep 'gedekt' is.

77 Van den Bergh, Recht en taal, p. 40.

78 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 516.

79 De alternatief voorgestelde bepaling luidt: "Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van eene valsche hoedanigheid, hetzij door het bezigen van eenig bedrieglijk middel om eene onwaarheid ingang te doen vinden, een ander beweegt om iets te doen of niet te doen waardoor deze in zijn vermogen wordt benadeeld, wordt, als schuldig aan bedrog gestraft met enz."

80 Zie de —aanstonds te bespreken— argumentatie voor de toevoeging van 'samenweefsel van verdichtfels'.

lappingen), terwijl het bezien vanuit een externe uitbreiding (misleidingen die niet onder de bestaande middelen kunnen worden gerangschikt worden analogisch binnengeloodst) bezien gesloten is.

De interne openheid neemt overigens niet weg dat ieder oplichtingsmiddel, zoals uit de afzonderlijke besprekingen zal blijken, zijn eigen functie heeft.

Van een nadere specificering van de 'bedriegelijke middelen' (manoeuvres frauduleuses) zoals in het eerder aangehaalde artikel 405 CP was vervat, heeft de Nederlandse wetgever afgezien. Deze verregaande specificatie had het bezwaar dat verschillende vormen van bedrog, die even laakbaar waren als die waarin de wet voorzag, buiten haar bereik bleven.⁸¹ Vanuit deze achtergrond had de Belgische wetgever de Franse formulering verruimd door de verfijnde opsomming van de in artikel 405 CP genoemde bedriegelijke gedragingen, welke overigens werd gehandhaafd, aan te vullen met de woorden 'pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité'. Het woordje 'autrement' verried evenwel tegelijkertijd de overtolligheid van de —gehandhaafde— opsomming. De Nederlandse wetgever heeft de bedoelde uitgebreide specificatie van de 'manoeuvres frauduleuses' dan ook niet overgenomen. Wel heeft hij het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels' toegevoegd om te benadrukken dat lichtgelovigheid en onnozelheid niet door het strafrecht in bescherming worden genomen.⁸²

3.5.2.2 De middelen afzonderlijk

A. Het aannemen van een valse naam

Dit, aanvankelijk te zamen met 'valse hoedanigheden' nog in meervoudsvorm omschreven⁸³, oplichtingsmiddel is te herleiden tot 'faisant usage de faux noms (ou de fausses qualités)' uit artikel 405 CP. In de Nederlandse vertaling van de Code Pénal kan men lezen 'gebruik maken van valsche namen'. Over de vraag of 'gebruik maken' ruimer is dan 'aannemen' is in de wetshistorie geen uitdrukkelijke overweging te vinden. Een aanwijzing voor een gelijkstelling van beide termen is gelegen in het verslag van de tweede kamer. In de discussie bedient men zich namelijk onverbloemd van de woorden 'gebruik maken van valse namen of hoedanigheden' verwijzend naar het ontwerp voor artikel 326. Hieruit zou blijken dat 'aannemen' en 'gebruik maken' als synoniemen worden opgevat.

In dezelfde discussie laat de commissie van rapporteurs zich in algemene bewoordingen uit over de betekenis van het aannemen van valse namen (en valse hoedanigheden) afgezet tegen de niet-strafbaarheid van de eenvoudige leugen. Benadrukt wordt dat de genoemde oplichtingsmiddelen een uitzondering rechtvaardigen op het uitgangspunt dat de eenvoudige leugen geen oplichting mag opleveren. "Het maatschappelijk verkeer steunt in dit opzicht op getrouwheid aan de waarheid en de eenvoudige logen

81 Verslagen van de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad, nr. 39 (1962), p. 1.

82 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 515.

83 De meervoudsvormen die in het O.R.O. nog waren opgenomen, zijn later op advies van de taalkundige prof. De Vries gewijzigd (Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 514 en 518).

te dezen aanzien verkrijgt het karakter van een inbreuk op de openbare trouw", zo wordt de uitzondering toegelicht.^{84/85}

Naar een meer specifieke omschrijving van het bestanddeel zoekt men in de wetsgeschiedenis echter tevergeefs. Kennelijk wil de wetgever aansluiten bij de rechtspraak over het genoemde Fransrechtelijke bestanddeel en laat hij de invulling over aan het rechterlijk beleid. Uit de rechtspraak over artikel 405 CP volgt dat de naam een algemene betekenis heeft en zowel voornaam als geslachtsnaam omvat. Daarnaast is —in dezelfde zaak— beslist dat niet vereist is dat de dader *zichzelf* onder een valse naam voordoet. Voldoende is dat hij van een valse naam in het algemeen gebruik heeft gemaakt.⁸⁶

B. Het aannemen van een valse hoedanigheid

Net als de valse naam is de valse hoedanigheid afkomstig uit artikel 405 CP, waarin 'fausses qualités' was opgenomen. Evenmin als het aannemen van een valse naam is het aannemen van een valse hoedanigheid in het bijzonder gedefinieerd. Ook voor dit bestanddeel wil de wetgever kennelijk voornamelijk op het kompas van de rechter gaan varen.^{87/88} In de rechtspraak over artikel 405 CP wordt de 'kwaliteit' (het equivalent van 'hoedanigheid') —reeds— ruim uitgelegd. Schooneveld merkt op dat in de rechtspraak geen enkele kwaliteit wordt uitgesloten. Als voorbeeld noemt hij een geval waarbij het valselijk voorwenden van de hoedanigheid van lasthebber als een 'valse kwaliteit' werd aangemerkt.⁸⁹

C. Listige kunstgrepen

Het bestanddeel 'listige kunstgrepen' veronderstelt, in aansluiting op de rechtspraak over het bestanddeel 'manoeuvres frauduleuses' uit artikel 405 CP, een *feit* dat een bewering aannemelijk maakt.⁹⁰ Het bezigen van kunstgrepen duidt op de gevallen waarin —eventueel naast het vertellen van een of meer leugens— een of meer objecten ten tonele worden gebracht om een onwaarheid ingang te doen vinden. Het veronderstelt altijd een *daad* (de bedrieger toont bijvoorbeeld een document dat vertrouwen wekt, bedient zich van valse maten of gewichten, of schakelt een 'handlanger' in).⁹¹ Aan de term 'listige kunstgrepen' meent men bovendien naast het —aanstonds te bespreken— bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels' behoefte te hebben om ook

84 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 516.

85 Bij de beraadslagingen in de tweede kamer stelt Van der Kaay dat deze redengeving (om voor valse namen en hoedanigheden een uitzondering op de niet-strafbaarheid van de eenvoudige leugen aan te nemen) slechts een bewering is, waarvoor geen argumenten worden aangevoerd (Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 521).

86 HR 19 juni 1855, W 1783.

87 Zie ook Duisterwinkel, Enige aspecten van oplichting naar Nederlands recht, p. 66.

88 Wel zijn in de literatuur verschillende definities opgesteld. Deze komen in het vierde hoofdstuk aan de orde.

89 Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, p. 456.

90 Aldus De Pinto, Notulen Commissie-De Wal, deel II, p. 497; zie ook Schooneveld, Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, p. 458 e.v.

91 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 521.

gevallen te ondervangen waarbij de misleiding wordt bewerkt zonder een woord daarbij te spreken.⁹²

D. Samenweefsel van verdichtfels

Het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtfels' wordt bij uitstek opgenomen om verbale leugens onder de werking van de bepaling te brengen. Zij dient als aanvulling op het bestanddeel 'listige kunstgrepen'. De noodzaak van die aanvulling hangt samen met de enge definitie die de Hoge Raad geeft aan 'manoeuvres frauduleuses' (het equivalent van 'listige kunstgrepen') uit de Code Pénal. De "voorzigtigheid" eist een afzonderlijke en uitdrukkelijke vermelding van 'samenweefsel', aldus Modderman.⁹³ Het bestanddeel moet, volgens de memorie van toelichting benadrukken dat "niet ligtgelovigheid en onnozelheid worden in bescherming genomen, maar dat de aaneenschakeling en het onderling verband der verdichte feiten en omstandigheden den bedrogene door de kleur der waarheid of waarschijnlijkheid op het dwaalspoor moeten gebragt hebben".⁹⁴ Het gaat bij 'samenweefsel van verdichtfels' dus om gevallen waarbij zonder bijkomend feit een leugenachtige bewering wordt gedaan, terwijl die bewering meer moet zijn dan een opeenstapeling van leugens.⁹⁵ Modderman formuleerde het als volgt. "Maar de ervaring heeft maar al te zeer geleerd dat, ook zonder bijkomend feit, de eene leugen met den andere op zóó listige wijze kan worden zamengeweven, dat zij elkander wederkerig een bedrieglijken schijn van waarheid geven".⁹⁶

Ook bij valsheid speelt de discussie hoever de wetgever zou moeten gaan in het beschermen van de burger tegen onwaarheid. Het behoudende standpunt van De Wal ten aanzien van het recht op waarheid komt ook in zijn concept-voorstel voor valsheid in geschrift⁹⁷ tot uitdrukking. Voor strafbaarheid van valsheid in geschrift acht hij een 'misdadig doel' een toereikende voorwaarde.

Nog duidelijker dan bij oplichting bevinden Modderman en De Pinto zich op één lijn tegenover de opvatting van De Wal. Zij bepleiten opneming van het vereiste dat de dader het oogmerk heeft om het vervalste voor echt te laten doorgaan.⁹⁸ Dat de zienswijze van Modderman en De Pinto het meeste gewicht in de schaal heeft gelegd, tonen niet alleen de bepalingen over valsheid in geschriften, zoals de artikelen 225 (geschrift) en 231 (reispas), maar ook die over muntvervalsing (art. 208 e.v.).

92 Notulen Commissie-De Wal, deel II, p. 496-497.

93 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 518-519.

94 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 515.

95 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 519.

96 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 519.

97 Notulen Commissie-De Wal, bijlage 43.

98 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 460 e.v. en p. 464-465.

Hoofdstuk III

3.6 Causaliteit

Over de wijze waarop het oorzakelijk verband, dat door ‘bewegen tot (...) door (...)’ moet worden uitgelegd heeft de wetgever zich niet uitgelaten. Ook aan een formule over de causaliteit in het algemeen heeft de wetgever zich niet gewaagd⁹⁹, zodat ook wat dat betreft geen aanknopingspunten voorhanden zijn. Wel heeft hij bij sommige artikelen aangegeven hoe het oorzakelijke verband moest worden opgevat. Daaruit blijkt dat de civielrechtelijke leer die is uitgedrukt in de artikelen 1283, 1284 BW (oud) en 699 K een belangrijke invloed heeft.¹⁰⁰ Ten aanzien van de schade wordt onderscheiden tussen voorzienbare en niet-voorzienbare gevolgen (art. 1283), terwijl overigens een beperking tot het directe gevolg is opgenomen (art. 1284). Voorts geeft de uitwerking van het causaal verband bij bepaalde artikelen voeding aan de stelling dat de wetgever aan het wetboek tevens de zogenaamde relevantieleer ten grondslag heeft gelegd. Deze gaat uit van de *conditio sine qua non*¹⁰¹, maar snijdt die gevolgen af die strafrechtelijk niet relevant worden bevonden. Zo wordt de mechanische causaliteitsleer gecorrigeerd door een normatieve selectie van de voorwaarden.¹⁰² Voor oplichting zal de wetgever in elk geval aan het bewegen van natuurlijke personen hebben gedacht. Artikel 326 beschrijft een *psychische* causaliteit.¹⁰³ De invulling heeft de wetgever kennelijk aan de rechter willen overlaten.¹⁰⁴

3.7 Wederrechtelijkheid

Later in de discussie komt de vraag aan de orde of het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ in de uitdrukking van het oogmerk noodzakelijk is. Deze discussie moet worden gezien tegen de achtergrond van de terughoudendheid die de Commissie-De Wal (en de wetgever) heeft willen betrachten ten aanzien van het opnemen van de wederrechtelijkheid als delictsbestanddeel in het algemeen. Men gaat er van uit dat wie een feit begaat dat beantwoordt aan de bestanddelen van een delictsomschrijving zich per definitie wederrechtelijk gedraagt, tenzij hij de gedraging verricht ter uitvoering van een wettelijk voorschrift. Waar de wederrechtelijkheid wel als bestanddeel is opgenomen, heeft de wetgever dit gedaan met het oog op gevallen waarin de betrokkene van

99 Zie de opmerkingen van Modderman in Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 134.

100 Van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, p. 198.

101 De leer komt erop neer dat een gedraging een gevolg veroorzaakt, als zij niet kan worden weggedacht zonder dat het gevolg wegvalt. De gedraging moet dus een noodzakelijke voorwaarde zijn voor het gevolg. In deze leer worden alle oorzaken (of: voorwaarden = *conditiones*) gelijkwaardig geacht, zodat hij ook wel wordt aangeduid als ‘equivalentietheorie’.

102 Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, aant. 2 bij Inleiding, ‘Oorzakelijkheid’.

103 Aan oplichting van rechtspersonen heeft de wetgever vermoedelijk niet gedacht. Het lijkt niet waarschijnlijk dat de wetgever zich zodanig aan de psychische component van de causaliteit gebonden achtte, dat hij rechtspersonen van de werking van art. 326 heeft willen uitsluiten. Tenslotte bestond art. 140 reeds, waarin aan een vereniging een oogmerk werd toegeschreven. Zo nauw werd kennelijk niet aan het psychische aspect (in casu van de verwijtbestanddelen) vastgehouden.

104 In het volgende hoofdstuk zal uitgebreider op de causaliteit worden ingegaan.

een eigen recht gebruik maakt.¹⁰⁵ Om uitwassen door eigenrichting te voorkomen heeft men een algemene bepaling met de woorden "Niet strafbaar is een feit gepleegd door den dader ter uitoefening van een hem toekomend recht", zelfs indien de clausule "zonder schending van het recht van een ander" zou worden toegevoegd, afgewezen, temeer omdat in veel gevallen civielrechtelijke middelen uitkomst zouden moeten bieden en men bovendien geen rekening wilde houden met *beweringen* van verdachten aangaande een hun toekomend recht.¹⁰⁶

Voor de bepaling van oplichting zijn De Pinto en Modderman van mening dat 'wederrechtelijk' kan worden gemist. In deze zienswijze veronderstellen zij dat 'bevoordelen' alleen betrekking heeft op het verkrijgen van iets waarop men *geen* recht heeft. Om die reden is het bestanddeel 'wederrechtelijk' volgens hen niet alleen overbodig, maar geeft het bovendien voeding aan de bewering dat de eigenrichting gerechtvaardigd zou zijn.¹⁰⁷ De Wal en Loke achten daarentegen het behoud van 'wederrechtelijk' noodzakelijk voor —bijvoorbeeld— het geval dat iemand door een oplichtingsmiddel bewogen wordt tot afgifte van een kwitantie voor iets wat daadwerkelijk betaald is. Kennelijk maakt de betrokkene, in de opvatting van deze leden, in een dergelijk geval gebruik van een eigen recht. Pols, die aanvankelijk nog over de noodzaak van opnemings van 'wederrechtelijk' twijfelt, stelt uiteindelijk dat de handhaving van 'wederrechtelijk' vooral ook nodig is, omdat de term 'bevoordeling', in tegenstelling tot wat Modderman meent, ook betrekking heeft op het verkrijgen van iets waarop men op zich wel recht heeft. Door het overwicht van De Wal, Loke en Pols wordt het pleit beslecht en blijft 'wederrechtelijk' in de tekst behouden.¹⁰⁸

Opvallend is dat in de discussie over de betekenis van 'wederrechtelijk' als zodanig niet veel wordt gezegd. Op het eerste gezicht lijkt men de term echter vooral (of uitsluitend) te betrekken op het voordeel als zodanig. De term 'bevoordeling' maakt het echter evengoed denkbaar dat de wetgever de wederrechtelijkheid in verband heeft willen brengen met het zich *verschaffen* van een voordeel. De vraag of een verdachte recht heeft op een voordeel is een andere dan de vraag of het verschaffen van het voordeel rechtmatig was. In de laatste vraag is de wijze waarop het voordeel wordt verkregen onderwerp van beoordeling.

Het is evenwel plausibel te veronderstellen dat de concentratie in de discussie op het voordeel als zodanig te maken heeft met het feit dat juist in de gevallen waarin men een eigen recht uitoefent de wederrechtelijkheid kan ontvallen. In de andere gevallen zou de wederrechtelijkheid zijn verondersteld door het gebruik van een of meer oplichtingsmiddelen. 'Wederrechtelijk' zou in deze visie dus overbodig zijn voor die gevallen waarin de verdachte zich niet op een eigen recht kan beroepen.

Niet duidelijk wordt echter of het eigen recht onder alle omstandigheden de wederrechtelijkheid doet ontvallen. Het voorbeeld van de kwitantie doet echter vermoeden dat dit wel niet het geval zal zijn. Er zijn immers geen omstandigheden denkbaar

105 MvT bij art. 42 Sr (Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel I, p. 381).

106 Notulen Commissie-De Wal, deel I, p. 294; bijlage 27; bijlage 107.

107 Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 495 en 498.

108 Notulen Commissie-De Wal, deel IV, p. 498.

waaronder een debiteur géén aanspraak op een kwitantie zou hebben. Het is met andere woorden aannemelijk dat de commissie alleen voor evidente gevallen —waarin ook van serieus nadeel bij de ander geen sprake is— het eigen recht wilde honoreren.

4 Novellen op het wetboek van strafrecht

Na de invoering van het wetboek van strafrecht in 1886 zijn met het oog op bepaalde leemten die de praktijk aan het licht zou hebben gebracht twee ontwerpen tot herziening van het wetboek ingediend. Zij kenmerken zich door inperkingen van de vooral bij monde van Modderman geproclameerde vrijheid in het handelsverkeer. Het eerste ontwerp, dat werd ingediend onder minister van justitie Cort van der Linden, dateert van 1900 en werd kort na indiening weer ingetrokken. Een algehele wijziging werd door de kamer niet urgent geacht.¹⁰⁹ In 1904 wordt het onder minister Loeff wederom —in enigszins afgeslankte vorm— ingediend. Maar ook deze novelle wordt later om dezelfde reden als in 1900 weer ingetrokken.

Het loont niettemin de moeite de novellen aan de orde te stellen, omdat daarin belangrijke gezichtspunten worden aangedragen voor de strafrechtelijke betekenis van bedrog in het algemeen en oplichting in het bijzonder. Met het oog op deze problematiek zal uit de gedane voorstellen inzake bedrog een selectie worden gemaakt. Vanwege het feit dat de ontwerpen op de onderhavige materie inhoudelijk vrijwel volledig overeenstemmen¹¹⁰, wordt in het vervolg uitgegaan van het laatste ontwerp, dat van Loeff.

Voor artikel 326 Sr wordt een verruiming voorgesteld voor gevallen van flessentrekkerij. "Herhaaldelijk komt het voor", zo wordt in de memorie van toelichting gesteld, "dat, ook zonder gebruikmaking van een der middelen in art. 326 genoemd, iemand wordt bewogen tot de afgifte van eenig goed, hetzij koopwaar of geld, op eene wijze, die ook den normaal nadenkenden mensch daartoe leidt. De gevallen van zoogenaamde flessentrekkerij, die buiten het bereik van dit artikel vallen, zijn vele. Daaraan zoo mogelijk paal en perk te stellen zou een weldaad voor de handel zijn. Afdoende voorziening tegen benadeeling door flesschentrekkers is niet mogelijk omdat de wet niet hare bescherming ook tot roekeloozen en zorgeloozen mag uitstrekken. Doch meermalen wordt tot handelsoperatiën overgegaan, die in de gegeven omstandigheden niet lichtvaardig mogen heeten maar toch door de niet-credietwaardigheid van eene der partijen tot schade van de andere uitloopen."¹¹¹

Voor deze gevallen waarbij het voor een meer diepgaande controle gevorderde tijdsverloop aan voordelige handelstransacties in de weg kan staan, wordt een uitbreiding van artikel 326 Sr voorgesteld. Het artikel komt er als volgt uit te zien (de wijzigingen zijn door mij, PJH, geaccentueerd): "Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordeelen, opzettelijk, hetzij door het

109 Van Schaik, Oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd, p. 6.

110 Zie ook Bijlagen K II, 1904-1905, nr. 80. 3, p. 13.

111 Bijlagen K II, 1904-1905, nr. 80. 3, p. 33-34.

aannemen van een valsche naam of een valse hoedanigheid, *hetzij door het verzwijgen van een waren naam of eene ware hoedanigheid, hetzij door het wekken van het vermoeden eener niet bestaande credietwaardigheid*, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtsels, iemand beweegt tot afgifte (enz.)".¹¹² Zoals gezegd is deze bepaling geen wet geworden. Uiteindelijk wordt de flessentrekkerij wel geregeld, maar niet door middel van een uitbreiding van artikel 326. In 1928 wordt artikel 326a ingevoerd. Dit zal in de volgende paragraaf aan de orde worden gesteld.

5 Artikel 326a

Zowel kort nadat het wetboek van strafrecht in 1886 in werking is getreden als lange tijd daarna worden nog bepalingen aan de titel van bedrog toegevoegd. Vooral een daarvan, artikel 326a, staat in nauw verband met art 326. De beraadslagingen die aan de invoering van dit artikel voorafgaan, bieden interessante inzichten over artikel 326. Dit laat zich raden, omdat de materie die in artikel 326a is geregeld aanvankelijk in min of meer gelijke vorm was vervat in een voorstel tot wijziging van artikel 326. Ik doel op de eerder besproken novellen die door Cort van der Linden en Loeff zijn ingediend.

In 1928 wordt artikel 326a (flessentrekkerij) toegevoegd. De bepaling luidt bij de invoering als volgt:

"Hij die een beroep of een gewoonte maakt van het koopen van goederen met het oogmerk om zonder volledige betaling zich of een ander de beschikking over die goederen te verzekeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren."

Aanvankelijk wil minister Loeff (in navolging van zijn voorganger Cort van der Linden) de problematiek van de flessentrekkerij te lijf gaan door een verruiming van artikel 326 (oplichting). Dit kwam in de voorgaande paragraaf al aan de orde. Waar het gaat om de betekenis van artikel 326 hebben zowel de discussies met betrekking tot de novellen als die over artikel 326a een belangrijke meerwaarde naast de beraadslagingen die in de Commissie-De Wal en in de kamers zijn gevoerd. Het delict is immers ten tijde van de eerstgenoemde discussies al enige jaren 'in functie', zodat een evaluatie van zijn werking mogelijk is geworden (sterker nog: dit was de aanleiding tot de voorstellen).

De flessentrekkerij wordt in de memorie van toelichting bij artikel 326a onder meer gespiegeld aan de oplichtingsmiddelen uit artikel 326. Gesteld wordt dat de flessentrekker zich bepaalt "tot het doen van bestellingen, hoogstens gepaard aan een of meer leugens, niet opleverende een samenweefsel van verdichtsels. Dat hij, aldus speculerend

¹¹² Bijlagen K II 1904-1905, nr. 80. 2, p. 9.

op het streven der neringdoenden om hun cliënteel uit te breiden, dikwijls zijn doel bereikt, daarvoor getuigen o.a. de veelvuldig in de bladen voorkomende waarschuwingen der politie om met bepaalde personen niet in handelsrelaties te treden, alvorens bij haar inlichtingen te hebben ingewonnen. Strafbaar is zijn geschetste handelswijze niet. Wel doet hij zich voor als iemand, die van plan is te betalen, maar dit beteekent nog niet het aannemen eener valsche hoedanigheid in den zin der wet."¹¹³

Artikel 326a beperkt zich tot het *kopen*. Op de vraag van de commissie van rapporteurs of het aanbeveling verdient om ook het huren van hotelkamers met het oogmerk de huur niet te betalen strafbaar te stellen¹¹⁴, antwoordt de minister dat aan deze strafbaarstelling geen behoefte bestaat, omdat het huren van hotelkamers doorgaans gepaard zal gaan met het bestellen (kopen) van een of meer maaltijden, wat strafbaar is krachtens artikel 326a. Als tweede argument tegen de genoemde strafbaarstelling is dat het tot een —met de woorden van de minister— enorme uitbreiding van de ontworpen regeling zou moeten leiden, bijvoorbeeld met de strafbaarstelling van het zich bij wijze van beroep of gewoonte verschaffen van krediet door uitdrukkelijke of stilzwijgende beloften, gegeven met de bedoeling die niet na te komen. Ondanks het feit dat de ‘hotelflessentrekkerij’ in enkele grote steden veelvuldig voorkomt, vindt de minister het nog niet nodig hiervan een strafbaar feit te maken.¹¹⁵ Hij wenst de flessentrekkerij voorhands te beperken tot de goederenhandel en laat aldus de mogelijkheid open dat ook gevallen van bewuste wanprestatie in de *dienstverlening*, zoals huur van rijtuigen, diensten enzovoort, tevens als flessentrekkerij worden strafbaargesteld.¹¹⁶ In modern perspectief betreft dit ongetwijfeld het huren van auto’s, fietsen, particuliere kamers enzovoort.¹¹⁷

De keuze voor het strafrecht lijkt, blijkens de memorie van toelichting, een pragmatische: zij is kennelijk niet zozeer ingegeven door de ernst van de gedraging als zodanig maar door het veelvuldig voorkomen ervan, de grote schade die eruit voortvloeit en in verband daarmee de moeilijkheid voor de middenstand om zich ertegen te weren. Een bedrieglijk middel —zoals omschreven in artikel 326— heeft de flessentrekker niet nodig, zo wordt opgemerkt. Om die reden zou de in de novelle voorgestelde aanvulling op artikel 326 geen oplossing hebben gebracht.

De beraadslagingen die zijn gevoerd met betrekking tot de flessentrekkerij geven aan voor welk dilemma de wetgever zich geplaatst ziet wanneer de handelspraktijk gedragingen toont die enerzijds niet de gekwalificeerde misleiding opleveren die wetgever van 1886 in artikel 326 als voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid had gesteld, maar anderzijds zo veelvuldig voorkomen en zo veel economische schade berokkenen dat bescherming door het civiele recht of door de overige strafrechtelijke bepalingen niet voldoet. Men had behoefte aan een bepaling die voldoende doeltreffend

113 Bijlagen K II, 1926-1927, nr. 261, opgenomen in Weekblad van het recht (voortaan W) 1927, nr. 11608, p. 1.

114 Voorlopig verslag, W 11862, p. 1.

115 Ten overvloede merk ik op dat de hotelflessentrekkerij niet op grond van art. 326 strafbaar was.

116 MvA, W 11725, p. 2.

117 Zie Anneveldt, Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien? p. 31.

was, maar toch niet de grenzen te buiten ging die het strafrecht zich zou moeten stellen.

Juist naar aanleiding van de vaststelling dat het verschijnsel flessentrekkerij niet binnen de grenzen van artikel 326 Sr —zelfs niet door toevoeging van een ‘zwakker’ oplichtingsmiddel— kon worden begrepen, wordt de kwestie aan de orde gesteld of het strafrecht wel tegen deze praktijken bescherming zou moeten bieden. Meer in het bijzonder wordt dan ook de vraag opgeworpen of het strafrecht bescherming zou moeten bieden aan neringdoenden waar deze, niettegenstaande de mogelijkheid daartoe, afzien van controle (het inwinnen van inlichtingen). Twee opvattingen staan tegenover elkaar. De indiener van het wetsontwerp, minister van justitie Donner, antwoordt de eerder genoemde vraag bevestigend. Hij stelt:

"Het is een feit, dat vele neringdoenden een moeilijk bestaan hebben, groote concurrentie ondervinden en mitsdien hoogst ongaarne zich klanten zien ontgaan. Inlichtingen inwinnen kost tijd en de scherpe concurrentie dwingt tot een vlotte behandeling van zaken. Men wil niet de kans looplen een goede relatie te verliezen en zich tot een concurrent te zien wenden, kortom, het behoeft in werkelijkheid niet te getuigen van abnormale zorgeloosheid en onnadenkendheid, als de neringdoende het er op waagt en op enkele bestelling —eventueel versterkt door een of meer leugens— goederen afgeeft. Dit behoeft nog niet te getuigen van een zoodanige mate van zorgeloosheid en onnadenkendheid, dat deze op bescherming van het strafrecht geen aanspraak zou mogen maken."¹¹⁸

De commissie van rapporteurs is een andere opvatting toegedaan. Zij reageert op de opvatting van Donner met de volgende woorden:

"Tegenover het pleit, dat een neringdoende er om redenen van gepast eigenbelang licht toe kan komen eenig goed op krediet aan een onbekende te verkoopen, mag er op worden gewezen, dat hij, dus doende, vooraf weet, dat hij zich blootstelt aan het risico van bedrogen uit te komen en dus de slechte gevolgen min of meer voor zijn rekening neemt. Door de voorgestelde bepaling zoekt men een kwaad te temperen of te bestrijden, dat in elk individueel geval *kan* worden vermeden, en dat stellig tot geringe afmetingen zou kunnen worden teruggebracht door onderlinge samenwerking van de middenstanders. In een collectieve regeling van een behoorlijke kredietverlening zullen zij meer steun vinden dan in een strafbepaling als de voorgestelde, waaraan deze leden slechts een problematieke waarde konden toekennen."¹¹⁹

De leden van de commissie zien het probleem in het systeem van het verkopen op krediet en pleiten voor een structurele aanpassing aan dit nieuwe fenomeen. In plaats van naar het strafrecht te grijpen, moet naar hun mening het bedrijfsleven van de middenstand door samenwerking op een hoger peil worden gebracht. Langs die weg

118 MvT, W 1927, nr. 11608, p. 2

119 Voorlopig verslag, W 1927, 11682, p. 1.

zullen volgens hen de uitwassen kunnen verdwijnen of in elk geval tot het uiterste worden beperkt.¹²⁰

Over de "eigen schuld" (een term van Donner) van de benadeelde merkt Donner, later in de memorie van antwoord, nog op dat het niet aangaat op dit punt een scherpe tegenstelling te maken tussen oplichting en flessentrekkerij. Bij beide vormen van bedrog kan in enige mate 'eigen schuld' aanwezig zijn. Doordat de "wedstrijd voor het bestaan" de neringdoenden dwingt om wat meer tegemoetkomend te zijn, speelt de eigen schuld *in het algemeen* (de minister stelt dit met nadruk) bij het slachtoffer van flessentrekkerij een wat grotere rol dan bij de opgelichte. Een reden om nu de eerste strafrechtelijke bescherming geheel te onthouden kan de ondergetekende daarin echter niet vinden.¹²¹ In deze opvatting vindt hij overigens niet alle leden van de commissie van rapporteurs tegen zich. Enkele leden zijn van mening dat al mag het in sommige gevallen zo zijn dat de winkelier door onvoldoende voorzichtigheid enige schuld zou treffen, dit nog niet behoeft af te doen aan het strafwaardige karakter van de gedragingen van de flessentrekker.¹²²

Het enkele kopen op crediet van goederen met de voorwetenschap niet te kunnen betalen wenst minister Donner evenwel niet strafbaar te stellen. Dat zou immers onvoorzichtig verkopen in de hand werken. Bovendien zou dit alle minder goede betalers aan bedreigingen met aangifte en strafvervolgning blootstellen. In welke gevallen is dan voor strafrechtelijk ingrijpen wel plaats? Voor de gevallen dat de flessentrekkerij bestaat in het bij wijze van beroep of gewoonte kopen van goederen met het oogmerk die niet te betalen. Het aspect van *herhaling* vormt het doorslaggevende argument voor strafbaarstelling. "Er bestaat in de maatschappij een groep van personen, die er hun beroep of een gewoonte van maken om goederen te koopen met het oogmerk om zich of een ander de beschikking daarover zonder betaling te verzekeren. Er bestaat m.a.w. een gilde van flesschentrekkers, een gilde dat een voortdurend gevaar voor den middenstand oplevert, dat leeft van dit soort van bedrog en er dientengevolge aldoor op uit is de meest vindingrijke methoden om anderen te dupeeren te bedenken en in toepassing te brengen", aldus de memorie van toelichting.

Over 'een beroep of gewoonte maken' het volgende. Voor 'een gewoonte maakt' is volgens de minister een pluraliteit van handelen vereist waartussen verband bestaat, in die zin dat de dader daarvan zijn gewoonte heeft gemaakt. Voor deze wat elliptische omschrijving verwijst hij naar HR 27 juli 1895, W 6711 waar het college stelt: "voor gewoonte maken is noodig herhaling, welke blijkens omstandigheden het bestaan van gewoonte aanwijst." Wat 'beroep' betreft merkt de minister op dat niet vereist is dat de betrokken handelingen rechtstreeks een bron van inkomsten opleveren, terwijl meer

120 Zie vorige noot.

121 W 1927, 11725.

122 W 1927, 11682, p. 1.

dan één handeling —blijkens HR 27 november 1905, W 8305— niet noodzakelijk is.¹²³

Naar aanleiding van de vele vragen die leven bij de commissie van rapporteurs, met name over het bedrogskarakter van flessentrekkerij en de verhouding van dit delict tot oplichting, presenteert Donner in de memorie van antwoord een aantal verhelderende overwegingen. Met stelligheid merkt hij op dat de gedraging van artikel 326a een vorm van bedrog oplevert. Vandaar ook de plaatsing in de titel van bedrog. Een argumentatie van deze stelling wordt echter niet verschaft. Niet echter, zo vervolgt de minister, is de gedraging een vorm van oplichting. Met het voorbeeld van de overeenkomst van koop en verkoop tracht Donner het verschil tussen oplichting en flessentrekkerij op het scherp van de snede aan te duiden. Ik laat de minister aan het woord.

"Zoo is dus b.v. oplichting aanwezig, als iemand met dat oogmerk (het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling, PJH) een ander door listige kunstgrepen beweegt tot het aangaan van een koopcontract, waarbij die ander hem iets verkoopt. Hier is de wilsverklaring van den verkooper niet alleen het gevolg van de wilsverklaring van den koper, maar bovendien van het gepleegd bedrog, op grond waarvan het contract kan worden vernietigd (art. 1364 B.W.). Onverschillig is het daarbij of de koper de bedoeling heeft van wanpraestatie of niet. Het is zeer wel denkbaar, dat hij ernstig van plan is de overeenkomst na te leven, indien deze n.l. voor hem voordeelig is. Wanneer daarentegen iemand (bij wijze van beroep of gewoonte) goederen koopt met de bedoeling die niet te betalen, is de stand van zaken een geheel andere. Dan vindt de wilsverklaring van den verkooper haar grond in de wilsverklaring van den koper en niet, althans niet noodzakelijk, in een daarnevens staand bedrog. Het bedriegelijke is hier gelegen in de wilsverklaring zelve, d.w.z. in het geven van een verklaring, welke de koper niet voornemens is gestand te doen. Doch dit soort bedrog doet als zoodanig aan de rechtsgeldigheid van het gesloten koopcontract niet af. Ziehier het eerste verschilpunt met het bedrog bij oplichting. En bovendien eischt —ziehier het tweede verschilpunt— het voorgestelde art. 326a voor strafbaarheid, dat de koper bepaaldelijk de bedoeling heeft van wanpraestatie."¹²⁴

Het bedrogskarakter van flessentrekkerij ligt dus, in de opvatting van de minister, niet in de aanwending van een bedriegelijk middel, maar in de omstandigheid dat de koper zijn intenties om niet te betalen maskeert (terwijl bij 'gewoonte maken' tevens meervoudigheid van handelen is vereist). Met de volgende woorden geeft Donner het eerste verschilpunt nog eens kernachtig weer: "Het geven van een verklaring welke men bedoelt niet na te leven, heeft een principieel ander karakter dan de oplichtingsmiddelen van art. 326 Strafwetboek".¹²⁵

123 MvA, W 11725, p. 2.

124 W 1927, 11725, p. 1.

125 MvA, W 11725, p. 1.

Een ander punt van discussie betreft het *bewijs* van het bijkomend oogmerk van niet-betaling. Leden van de commissie van rapporteurs hadden hun bezorgdheid geuit met betrekking tot de bewijsbaarheid van dit bestanddeel. Om de omstandigheid te ondervangen dat de flessentrekker een *gedeelte* van de betaling voldoet en zodoende niet gezegd zou kunnen worden dat betaling achterwege is gebleven, wordt het artikel aangevuld met de term 'volledige', met welke toevoeging de eerder weergegeven redactie ontstaat. De minister is van mening dat de bewijsmoeilijkheid zich bij uitstek zal voordoen wanneer het een op zichzelf staande koop met wanbetaling betreft. Juist echter het bijkomend bestanddeel waarin de herhaling van de bewuste gedraging is vervat, zou volgens hem, voor het bestaan van de verkeerde intentie bij de samengestelde gedragingen een aanwijzing kunnen zijn. Hij noemt het voorbeeld van de flessentrekker die van zijn huis een opslagplaats maakt van de meest verschillende goederen. Voorts kan volgens hem een aanwijzing zijn dat de koper goederen niet voor gebruik koopt maar teneinde ze tegen de opbrengst van de hand te doen. Donner geeft aan dat vanzelfsprekend bij de waardering van het een en ander de financiële situatie van de verdachte en in het algemeen zijn gehele wijze van leven een rol speelt. Met het oog op de bij leden van de commissie levende vrees dat de bepaling in de praktijk voor de middenstand tot een teleurstelling aanleiding zal geven, benadrukt Donner de beperkte strekking ervan, namelijk louter gericht tegen de werkwijzen van de betrokken gilden.¹²⁶

Samenvattend kan gesteld worden dat de invoering van artikel 326a samenhang met het destijds nieuwe verschijnsel van wijdverbreid en anoniem verkopen op krediet. Met grote regelmaat werd dit fenomeen aangegrepen om zich goederen te doen afgeven en vervolgens betaling achterwege te laten. De overlast die dit in de handel (bij uitstek het winkelbedrijf) veroorzaakte en de grote frequentie waarmee de bewuste gedragingen plaatsvonden vormden de grondslag voor strafbaarstelling. Het enkel zich voordoen als iemand die van plan is te betalen, werd niet opgevat als een 'valse hoedanigheid' in de zin van artikel 326. Met andere woorden, de hoedanigheid van koper leverde geen oplichtingsmiddel op. De gedragingen van de flessentrekker konden ook overigens geen bedrieglijk middel (zoals in art. 326) opleveren. Het bedrog is immers louter gelegen in het geven van een verklaring (de wilsverklaring bij de overeenkomst) die men niet van plan is gestand te doen. Zelfs van bedrog in de zin van artikel 1364 BW-oud is geen sprake. Op grond van deze overwegingen achtte men een nieuwe bepaling onontbeerlijk. De uitbreiding die aldus in de vorm van artikel 326a aan de bedrogsdelicten werd gegeven, had uitsluitend betrekking op het *kopen* van goederen en niet op dienstverlening, zoals —met een blik op de moderne tijd— de verhuur van auto's, fietsen, (hotel)kamers enzovoort. Vooral de prognose om de bepaling van flessentrekkerij zo nodig in de toekomst met dit soort gevallen uit te breiden, toont aan dat de toenmalige wetgever deze vormen van bewuste wanprestatie niet als oplichting beschouwde.

126 W 11725, p. 1.

Rechtspraak en doctrine

1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden gezien hoe door de rechter aan de uitgangspunten van de wetgever gestalte is gegeven en hoe veranderingen in de samenleving in de loop van deze eeuw in de rechtspraak zijn verwerkt. Tevens zullen opvattingen die in de literatuur zijn gevormd, in het betoog worden verwerkt.

Per bestanddeel zal op de jurisprudentiële ontwikkelingen aangaande oplichting worden ingegaan. Een encyclopedische behandeling van de rechtspraak van de Hoge Raad en van de gerechtshoven wordt niet beoogd. Alleen die arresten zullen aan de orde komen die voor het betoog relevant zijn.¹

2 De bestanddelen van oplichting

2.1 Algemeen

Artikel 326 Sr luidt:

"Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtfels, iemand beweegt tot de afgifte van enig goed, tot het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer, tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting, gestraft hetzij met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen."

De bepaling van oplichting is, zoals gezegd, opgenomen in titel XXV, met de aanhef 'bedrog'. De onder die titel opgenomen delicten zijn, getuige hun plaats in het wetboek, primair gericht op de bescherming van het vermogen. De bedrogsdelicten volgen op de rubrieken 'diefstal en stroperij' (titel XXII), 'afpersing en afdreiging' (titel

1 Overigens wijs ik op de rechtspraak genoemd in Noyon/Langemeijer/Rommelink, Het wetboek van strafrecht.

XXIII) en 'verduistering' (titel XXIV). De redactie van het delict oplichting sluit dan ook onmiskenbaar aan bij de voorgaande rubrieken van misdrijven. Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gesteld, is de meest nauwe aansluiting gezocht bij artikel 317 (afpersing).²

De delictsomschrijving van oplichting kan worden verdeeld in vier hoofdbestanddelen:

- (1) Een viertal middelen (het aannemen van een valse naam, het aannemen van een valse hoedanigheid, het zich bedienen van listige kunstgrepen of van een samenweefsel van verdichtsels). Dit zijn formeel omschreven gedragingen gepleegd door de dader.
- (2) Een (of meer) van die middelen moet iemand 'bewegen'. Met dit bestanddeel worden de middelen samengevat met behulp van een materieel omschreven gedraging, dat wil zeggen een gedraging die getypeerd wordt vanuit haar gevolg.³ De middelen moeten bij de ander de bereidheid opwekken om iets te doen. In dit bestanddeel zit dus tevens het vraagstuk van de causaliteit verpakt.
- (3) Tot welke gedragingen het slachtoffer is bewogen wordt in het derde hoofdbestanddeel omschreven. Dit zijn: de afgifte van enig goed, het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer, het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld.
- (4) Tenslotte moet bij de dader een bepaald oogmerk aanwezig zijn, namelijk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen.

2.2 De middelen

2.2.1 Systematische betekenis

In het voorgaande hoofdstuk werd reeds ter sprake gebracht dat de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens oplichting zijn terug te voeren op het uitgangspunt dat het strafrecht tegen de enkele leugen geen bescherming zou moeten bieden. Om die reden heeft de wetgever een stelsel van bedrieglijke middelen in de delictsomschrijving opgenomen, die elk een of meer gekwalficeerde leugens beschrijven. De gekwalficeerde leugen duidt op een gedraging waarmee omstandigheden in het leven geroepen worden die een ander in dwaling brengen (of in dwaling houden) waardoor deze bereid is iets te doen of na te laten. Het bestanddelenpaar 'aannemen van een valse naam of een valse hoedanigheid' lijkt op het eerste gezicht een inbreuk te maken op dit uitgangspunt. De betrouwbaarheidswaarde van respectievelijk de naam

2 "Hij die, met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen, door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt hetzij tot de afgifte van enig goed dat geheel of ten dele aan deze of aan een derde toebehoort, hetzij tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, hetzij tot het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer wordt, als schuldig aan afpersing, gestraft met ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie."

3 Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 90.

en de hoedanigheid vormden evenwel het argument om deze uitzondering te maken zonder aan de grondgedachte van de gekwalificeerde leugen afbreuk te doen.⁴

De formele omschrijving van de oplichtingsgedraging (de middelen) veronderstelt dat de strafwaardigheid van oplichting niet (uitsluitend) vanuit een ingetreden gevolg mag worden bepaald.

Bij de uitleg van de oplichtingsmiddelen dringt zich een belangrijk dilemma op: moet er van worden uitgegaan dat de wijzen waarop iemand kan worden opgelicht zo gevarieerd zijn dat van de wetgever niet kan worden verlangd dat de taalkundige betekenissen van de onderscheiden oplichtingsmiddelen al die gevallen dekt? Met andere woorden: mag de rechter de mazen dichtten door interpretatie van een of meer oplichtingsmiddelen die meer wordt ingegeven door het uitgangspunt dat 'een bruikbaar middel wordt aangewend' dan door de specifieke taalkundige betekenis van een bepaald oplichtingsmiddel als zodanig? Het antwoord moet ontkennend luiden. Eerder werd gesteld dat de wetgever met de middelen de pretentie van uitputtendheid koesterde. Met andere woorden dat hij het stelsel van middelen naar buiten toe heeft afgesloten, vooral met de bedoeling de eenvoudige leugen uit te bannen. Overvloeiende betekenissen van de middelen onderling was, zoals gezegd⁵, geen probleem. Intern is het systeem niet gesloten.

Die interne openheid komt in de rechtspraak onder meer tot uitdrukking in die gevallen waarin verschillende oplichtingsmiddelen alternatief worden ten laste gelegd. De officier meent in dergelijke gevallen met een grenssituatie te maken te hebben waarin meer dan één oplichtingsmiddel van toepassing lijkt, terwijl niet duidelijk is welke het beste op de gelaakte gedraging past.⁶

De vraag dient zich aan of de rechter tot een ondubbelzinnige keuze voor een bepaald oplichtingsmiddel verplicht is.

In HR 25 februari 1969, NJ 1969, 265 komt deze problematiek aan de orde. Twee verdachten hadden iemand geld afgetrosgeld door aan hem het verzonnen — en merkwaardige — verhaal te vertellen dat zij in verband met de beschadiging van een auto geld moesten betalen aan de eigenaar van die auto. Zij werden tot die betaling gedwongen omdat de eigenaar van de auto hen had betrapt bij het plegen van homoseksuele handelingen en deze gebeurtenis bij niet-betaling aan hun echtgenoten zou mededelen. Om wat meer zekerheid te krijgen omtrent de eerlijkheid van de twee personen, vroeg het slachtoffer hen of zij hun namen en adressen wilden opschrijven. Zij schreven elk een valse naam en adres op. Het slachtoffer gaf hen vervolgens het gevraagde geldsbedrag.

Het vonnis van de politierechter (bevestigd door het hof) luidt dat het voornoemde ten laste van de verdachten is bewezenverklaard "door welk aannemen van een valse naam, althans van een valse hoedanigheid, althans door welke listige kunstgreep of listige kunstgrepen, althans door welk samenweefsel van verdichtsels, zij verdachten,

4 III.3.5.2.

5 III.3.5.2.1.

6 Uiteraard kunnen oplichtingsmiddelen ook —zonder bezwaren— naast elkaar van toepassing zijn. Dit is hier evenwel niet aan de orde.

genoemde G. hebben bewogen aan hen een geldsbedrag van f 280,- af te geven". Het verweer luidt dat uit de bewezenverklaring niet blijkt dat G. door het opgeven van valse namen is bewogen, terwijl dit wel is bewezenverklaard. De Hoge Raad overweegt dat de verdachte uitgaat van een onjuiste lezing van de bewezenverklaring omdat het hof uit de alternatieven geen keuze heeft gemaakt en dit ook niet behoefde te doen.⁷ Het college stelt impliciet dat deze alternativiteit binnen de delictsomschrijving zich van die bij verschillende delictsomschrijvingen onderling onderscheidt door het feit dat geen keuze tussen de alternatieven noodzakelijk is. Dit is in overeenstemming met het ingenomen uitgangspunt dat de verschillende middelen kunnen samengaan en/of in elkaar kunnen overvloeien.

Het stelsel van bedrieglijke middelen staat in een onlosmakelijk verband met het —aanstonds te bespreken— bestanddeel 'iemand bewegen (tot een bepaalde prestatie)'. Aangezien de uitwerking van het middel op de bedrogene beslissend is, wordt in de rechtspraak niet als eis gesteld dat het bedrieglijke middel wordt aangewend tegenover de bedrogene. Het kan evengoed zijn gebruikt tegenover een derde, mits de bedoeling om afgifte te verkrijgen en het oorzakelijke verband tussen het middel en de gedraging van de bedrogene maar vaststaan.⁸

2.2.2 Inhoudelijke betekenis

A. Aannemen van een valse naam

De rechtspraak over dit bestanddeel bouwt aanvankelijk voort op het vrijwel gelijknamige bestanddeel in artikel 405 CP. Bij de bespreking van de wetsgeschiedenis werd gesteld dat uit niets uitdrukkelijk blijkt dat de wetgever met de term 'aannemen' een inperking heeft willen aanbrengen ten opzichte van 'gebruiken' in de zin van artikel 405 CP. In de discussie hieromtrent in de rechtsliteratuur van de eerste helft van de twintigste eeuw wordt vrijwel steeds het arrest van HR 19 juni 1855, W 1783 tot uitgangspunt genomen voor de stelling dat 'gebruiken' in de zin van artikel 405 CP ook het aanwenden van de naam van een ander omvat. Dit arrest betrof het geval van de heer J.A.H. die een bode die een pakje voor een bepaalde dame met de naam Wilhelmina H. kwam afgeven, had wijs gemaakt dat een van zijn dochters een zodanige doopnaam voerde en dat hij de vader was. Aldus had hij het pakje aan zich doen afgeven. De Hoge Raad had oplichting door het gebruik maken van een valse naam aangenomen. Aan het 'gebruik maken' in de zin van artikel 405 CP is dus volgens de Hoge Raad niet de beperking verbonden dat de verdachte alleen aan *zichzelf* een valse naam kan geven.

Anderen —waaronder vooral Bentford van Valkenburg— bestrijden de gelijkstelling tussen 'gebruiken' en 'aannemen' en zijn van mening dat het feit dat artikel 326 uitdrukkelijk spreekt van 'aannemen' (en de term 'gebruiken' niet meer gebruikt) pleit

7 In gelijke zin werd beslist in HR 8 maart 1926, NJ 1926, 368 en HR 22 oktober 1934, NJ 1935, 52.

8 Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 6 op art. 326; zie meer uitgebreid de bespreking over het bestanddeel 'bewegen (...)' in par. IV.2.3.

voor een enge uitleg. Bentford van Valkenburg meent dat in de taalkundige betekenis van het woord 'aannemen' ligt opgesloten dat men zelf onder een valse naam optreedt.⁹ Duisterwinkel is het niet met hem eens. Een gedraging waarbij de verdachte gebruik maakt van de valse naam van een ander staat volgens hem op één lijn met het voor zich persoonlijk aannemen van een valse naam en wel op grond van de strekking van artikel 326. Bovendien neemt degene die een valse naam aan zijn dochter geeft en daarvan vervolgens gebruik maakt, impliciet zelf ook een valse naam aan.¹⁰

In het arrest HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 656 komt deze oude discussie weer even tot leven. Een verkoper van auto's weet een aantal auto's van de BV waarbij hij in dienst is te verkwanselen aan een derde. Hij doet dit door allereerst orderbevestigingen op te stellen, ingevuld en ondertekend met naam en handtekening van een gefingeerde koper. Vervolgens belt hij zijn werkgeefster op, waarbij hij zich voordoot als een medewerker van de bank en te kennen geeft dat de koopprijs is overgemaakt.

Een van de rechtsvragen in dit arrest was of de verdachte door het invullen van de orderbevestiging met een valse naam van een gefingeerde koper al dan niet een valse naam heeft aangenomen. De verdediging voert aan dat dit niet het geval kan zijn omdat de verdachte de valse naam niet op zichzelf heeft betrokken. De conclusie van P-G Remmelink ondersteunt deze opvatting. Remmelink merkt daarbij op dat dit anders zou zijn geweest indien de wetgever de term 'gebruiken' in de zin van artikel 405 CP zou hebben gebruikt. Hij voegt daaraan toe dat de term 'aanwenden' wellicht ook ruimer te interpreteren zou zijn geweest. De opvatting van Remmelink sluit dus aan bij die van Bentford van Valkenburg: de term 'aannemen' veronderstelt dat men zichzelf een valse naam geeft en met die naam zich presenteert. De Hoge Raad gaat om deze kwestie heen door te overwegen dat het hof, door wat de algemene ervaring leert, kon aannemen dat de verdachte bij de bewuste telefonische mededeling vermoedelijk wel een naam zal hebben genoemd. Met annotator G.E. Mulder meen ik dat de Hoge Raad dit niet uit de algemene ervaring had mogen afleiden.¹¹ Er bestaat immers een reële mogelijkheid dat de verdachte zich heeft aangekondigd zonder een naam te noemen (bijvoorbeeld: "U spreekt met de Rabobank"). Mulder meent overigens dat wel degelijk van het aannemen van een valse naam sprake is, omdat de verdachte onder een schuilnaam als koper optrad (tevens trad hij als verkoper op onder zijn eigen naam). Met Remmelink en Bentford van Valkenburg deel ik de opvatting dat het spraakgebruik zich tegen een dergelijke uitleg verzet. De verdachte *gebruikte* een valse naam om de hoedanigheid van koper te kunnen construeren.¹²

9 Bentford van Valkenburg, Art. 326 van het wetboek van strafrecht beschouwd in het licht der praktijk, p. 44.

10 Duisterwinkel, Enige aspecten van oplichting naar Nederlands recht, p. 55.

11 Vergelijk omtrent het bezwaar van dergelijke onweerlegbare bewijsvermoedens Nijboer, boekbespreking E. Graul, Recht en Kritiek 19 (1993), p. 104-109.

12 Annotator G.E. Mulder meent dat de gedragingen in hun onderlinge samenhang ook als een samenweefsel van verdichtelsels kunnen worden opgevat (aanstonds meer over dit bestanddeel). Mijns inziens ligt het aannemen van een valse hoedanigheid (vader van Wilhelmina H.) het meest voor de hand. Dergelijke minder scherpe kwalificaties lijken overigens het gevolg van een slordig

De gelijkstelling tusschen ‘gebruiken’ en ‘aannemen’, waarvan onduidelijk is of die door de wetgever van 1886 werd voorgestaan, maar waar deze in elk geval niet uitdrukkelijk afstand heeft gedaan, is mijns inziens dan ook niet houdbaar.

Een ander belangrijk twistpunt in de oudere doctrine is de vraag of onder omstandigheden het aannemen van een *echte* naam ‘aannemen van een valse naam’ in de zin van artikel 326 kan opleveren. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als iemand die onder een bijnaam bekend staat, op een gegeven moment zijn eigen naam gaat gebruiken. Duisterwinkel beantwoordt de genoemde vraag bevestigend. Hij stelt dat ‘vals’ een subjectief element bevat. In het woord ‘vals’ is volgens hem de bedoeling om te misleiden verondersteld. Om die reden zou ‘vals’ niet enkel ‘onjuist’ betekenen, maar zou voorop moeten staan dat de bedrieger als hij de naam uitsprekt kennelijk wil dat de ‘bedrogene’ meent dat hij (de bedrieger) de derde is. Zowel het effect als de bedoeling om te misleiden zijn hetzelfde als bij het aannemen van een onjuiste naam, aldus Duisterwinkel.¹³ Andere schrijvers zijn het niet met die opvatting eens. Noyon is een van hen. Zijn opvatting komt erop neer dat er in elk geval een verschil aanwijsbaar moet zijn tussen de echte en de onjuiste (is: valse) naam. Dat verschil kan heel klein zijn, mits het maar tot de ander doordringt. De bijzonderheid die het verschil teweegbrengt moet datgene zijn wat de ander tot een van de in artikel 326 genoemde prestaties beweegt.¹⁴ Het gebruiken van de eigen naam of het doen doorgaan voor iemand die dezelfde naam draagt, is slechts het bedrieglijk gebruik maken van een echte naam, aldus Noyon.¹⁵ Bentford van Valkenburg sluit zich, naar zijn zeggen, ‘met volle overtuiging’ bij deze opvatting aan. Toch introduceert hij in zijn redenering een element dat Noyon niet noemt en dat opmerkelijk genoeg parallel loopt met het uitgangspunt van Duisterwinkel waarmee deze tot de eerder genoemde ruime interpretatie van ‘vals’ was gekomen. Ook Bentford van Valkenburg gaat er namelijk van uit dat het woord ‘vals’ de bedoeling om te misleiden veronderstelt. En het is juist dat uitgangspunt dat Duisterwinkel had opgepikt om zijn betoog ten gunste van de bedoelde interpretatie van ‘valse naam’ op te bouwen. De vraag dringt zich op op welk punt hun wegen dan zijn uiteen gegaan.

De kern van het verschil van opvatting ligt besloten in de bewering van Duisterwinkel dat de wet onmogelijk al dergelijke —minder vaak voorkomende— gevallen (als eerder genoemd) onder de woorden van de wet kan vatten als deze eng worden geïnterpreteerd.¹⁶ Van Bemmelen, die zich eveneens tegen de opvatting van Duister-

opgestelde tenlastelegging die de rechter wil sauveren, om te voorkomen dat een vrijspraak moet worden gegeven. De Hoge Raad pleegt de rechter bij deze reddingsoperaties veel ruimte te geven (De Jong, De tenlastelegging, in: Leerstukken van strafprocesrecht, p. 44-48).

13 Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 58-60.

14 Noyon geeft het volgende voorbeeld: A die zich *Van A* noemt en zich daardoor een vertrouwen verschafft, dat hem als *A* niet geschonken zou zijn, bezigt een bruikbaar middel tot oplichting, evenzeer als degene die zijn naam spelt op een wijze welke er een andere betekenis aan geeft. Voor vindplaats zie volgende noot.

15 Noyon, Het wetboek van strafrecht (derde druk), Arnhem 1914, aantekening 6 op art. 326. In de bewerkingen van Langemeijer en later Rammelink is deze opvatting gehandhaafd.

16 Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 58.

winkel keert, stelt dat het hem te ver gaat om "in de wet het tegenovergestelde te lezen van datgene wat er staat". Een 'echte' naam kan daarom niet als een 'valse' naam worden beschouwd. Bovendien moet eenieder zich op zijn eigen identiteit kunnen beroepen. Had de wetgever dergelijke gevallen als oplichting bestraft willen zien, dan had hij dat maar uitdrukkelijk moeten regelen, aldus Van Bemmelen.¹⁷

Ik kan met deze opvatting instemmen, temeer omdat een ruime opvatting, zoals die van Duisterwinkel, waarbij de omgangstaal geen principiële grens is bij uitlegging, het stelsel van oplichtingsmiddelen op dusdanige wijze zou openbreken, dat het niet meer te rijmen zou zijn met de bedoeling van de wetgever om —in navolging van het Franse stelsel— de oplichtingsmiddelen precies te omschrijven.¹⁸ Elk middel dat bruikbaar is om een persoon van normale waakzaamheid op te lichten en met die bedoeling wordt aangewend, zou aldus in het stelsel kunnen worden ingepast. Dit lijkt de perken van de *lex-certa-norm* te buiten te gaan. De wetgever had immers, zoals gezegd, een extern gesloten stelsel van oplichtingsmiddelen voor ogen (ofwel een gesloten delictsomschrijving als geheel). Bovendien kan steun voor deze opvatting gevonden worden bij de betekenis die de wetgever geeft aan 'valse sleutels'. De betekenis van deze term, die onder meer te vinden is in artikel 311 lid 1, onder 5° (diefstal met behulp van valse sleutels), is door de wetgever in de betekenisentitel in het bijzonder verantwoord, omdat daaraan een inhoud gegeven wordt die afwijkt van het algemeen spraakgebruik.¹⁹ Zou het juist zijn onder de term 'valse naam' onder omstandigheden een echte naam te begrijpen, dan zou ook deze van de omgangstaal afwijkende betekenis in de wet moeten zijn verantwoord —wat niet gebeurd is.

B. Aannemen van een valse hoedanigheid

Dit bestanddeel betreft het zich aanmeten van een eigenschap welke men niet bezit. Niet iedere eigenschap valt daaronder. Het moet in elk geval gaan om een kwaliteit die in de samenleving een bepaald vertrouwen wekt. Welke kwaliteiten aan die voorwaarde voldoen is niet gemakkelijk te bepalen. De wetgever heeft voor de interpretatie van dit bestanddeel geen criteria aangedragen. Hij heeft —met de woorden van Duisterwinkel²⁰— aan het bestanddeel geen a-prioristische beperkingen opgelegd. Zowel in rechtspraak als literatuur heeft de afbakening van het bestanddeel dan ook tot veel verschillen van inzicht aanleiding gegeven. Alvorens de rechtspraak te bespreken doe ik een greep uit de doctrinaire opvattingen.

Een voorbeeld van een vrij ruime opvatting kan men vinden bij D. Simons: "Het aannemen van een valse hoedanigheid bestaat uit het zich voordoen als bekleed met eene waardigheid of functie, welke men niet bezit of uitoefent, of in het valschelijk

17 Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, deel II, p. 328-329.

18 Hier moet evenwel de kanttekening gemaakt worden dat in de Franse bepaling zelfs de 'manoeuvres frauduleuses' nader waren gespecificeerd. Zo ver is de Nederlandse wetgever niet gegaan.

19 Art. 90 luidt: "Onder valse sleutels worden begrepen alle tot opening van het slot niet bestemde werktuigen".

20 Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 66.

optreden als geplaast in eene rechtsverhouding, waaraan bepaalde rechten en bevoegdheden kunnen worden ontleend".²¹ Een representant van een engere leer is Noyon. Hij stelt: "Het aannemen is niet alleen het zich toeschrijven van een attribuut, maar dit, gepaard met een optreden op enige wijze die alleen door de voorgewende hoedanigheid gerechtvaardigd zou zijn, m.a.w. het zich toekennen van een attribuut krachtens hetwelk de dader, zo hij het bezat, gerechtigd zou zijn op te treden gelijk hij doet."²² Noyon geeft het volgende voorbeeld. Waar het gaat om iemand die zich ten onrechte uitgeeft voor erfgenaam, is slechts dan van oplichting sprake, indien de betrokkene zich bijvoorbeeld meester maakt van een tot de erfenis behorend goed. Niet als iemand zich voordoet als rijk erfgenaam en op grond daarvan iemand beweegt hem geld te lenen. Met Noyon meen ik dat deze beperking in elk geval aan de valse hoedanigheid moet zijn verbonden, zodat iemand die zich in een huwelijksadvertentie voordoet als 'Dr. in de economie' teneinde vervolgens van de 'toekomstige bruid' geld af te troggelen niet 'een valse hoedanigheid aanneemt'.²³

Aanvankelijk, zo ongeveer in de eerste decennia na de inwerkingtreding van het wetboek, geeft ook de rechtspraak van de Hoge Raad nogal wat schommelingen te zien waar het de begrenzing van dit bestanddeel betreft. De Hoge Raad lijkt zijn weg te zoeken in de kwestie of de hoedanigheid aan een ander persoon moet zijn ontleend (zodat men ontvangt voor een derde) of dat zij ook de betrekking tot een zaak mag betreffen waarmee de verdachte krachtens een gefingeerd eigen recht optreedt. In HR 27 maart 1893, W 6327 wordt door het college een ruim standpunt ingenomen. In deze zaak had de verdachte zich valselijk voorgedaan als een bediende van een bepaalde firma en had in die hoedanigheid om enige eieren verzocht, niet voor de firma maar voor zichzelf. De Hoge Raad besliste dat het er voor de toepasselijkheid van artikel 326 niet toe doet of de voorgewende hoedanigheid een zodanige is waarin men voor een derde optreedt, bijvoorbeeld die van een lasthebber, agent, voogd, curator ofwel een andere welke men zich aanmatigt om een onverdiend vertrouwen op te wekken, bijvoorbeeld die van koopman of ambtenaar met enige ontvangst belast. Of de afgifte is gevraagd (en gevolgd) in de voorgewende hoedanigheid, dus voor een derde, dan wel voor zichzelf maakt niet uit. Met het arrest van 1 februari 1897, W 6925 komt de Hoge Raad op deze ruime uitleg terug. Overwogen wordt "dat om het misdrijf van oplichting door het aannemen van een valse hoedanigheid ontleend aan enige betrekking tot bepaalde personen te kunnen plegen, eene zoodanige hoedanigheid moet worden aangenomen, waarin voor en namens een ander persoon kan

- 21 Simons, Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, deel II, p. 141; ook voor een ruime invulling: Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, deel II, p. 332; Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 70-71.
- 22 Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het wetboek van strafrecht, p. 414-415; zie ook zijn conclusie voor HR 6 juni 1904, W 8080. In dezelfde lijn: Bentfort van Valkenburg, Art. 326 wetboek van strafrecht beschouwd in het licht der praktijk, p. 48; Anneveldt, Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien? p. 15-16.
- 23 Dit werd aangenomen door de rechtbank Den Haag en bevestigd door het hof in dezelfde plaats (zie HR 16 december 1975, NJ 1976, 186).

worden opgetreden, wat niet het geval is, door zich alleen voor te doen als logé of als neef van, van hem die misleid wordt, vertrouwen genietende personen." HR 6 juni 1904, W 8080 toont een zelfde opvatting. Deze zaak betreft het geval van iemand die de houder van een aantal kippen en een haan beweegt deze aan hem af te geven door in strijd met de waarheid op te geven dat hij de kippen en de haan van de eigenaar gekocht heeft. De Hoge Raad beslist dat het in strijd met de waarheid voorgeven koper te zijn niet is een valse hoedanigheid.²⁴ De verdachte is namelijk niet opgetreden in een hoedanigheid die hem bevoegd zou maken om rechten uit te oefenen die hem uit zichzelf niet toekwamen, maar heeft zich beroepen op een beweerde koopovereenkomst. Dit levert volgens de Hoge Raad bovendien slechts een enkel verdichtsel op, zodat evenmin voldaan is aan het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsel'.²⁵ Met de uitspraak van 5 juni 1906, W 8388 wordt weer een ruimer standpunt ingenomen. Door in een brief in strijd met de waarheid voor te geven dat hij bakkerspatroon was (op het briefhoofd stond 'mr Bakker'), een drukke zaak had en een knecht, had de verdachte zich een bakkerswagen op krediet doen toezenden. De Hoge Raad beslist dat de verdachte door zich voor te doen als meester Bakker de valse hoedanigheid van bakkerspatroon heeft aangenomen. Dus ook al beroept de verdachte zich niet op een betrekking tot een derde, maar treedt hij krachtens eigen — valse — kwaliteit op, toch neemt de Hoge Raad 'het aannemen van een valse hoedanigheid' aan.²⁶ Gaandeweg heeft de Hoge Raad steeds meer eigenschappen, die personen zich in strijd met de werkelijkheid toedichtten als 'hoedanigheid' in de zin van artikel 326 aangemerkt. Het optreden krachtens eigen valse kwaliteit wordt daarbij steeds als 'het aannemen van een valse hoedanigheid' opgevat. Ook juridische verhoudingen worden onder dit bestanddeel gerubriceerd. Zo kan men in de jurisprudentie ontmoeten: de valse hoedanigheid aannemen van iemand die voor crisissteun in aanmerking komt en het aannemen van de valse hoedanigheid van 'onvrijwillig werkloze'.²⁷ In latere uitspraken blijkt de betekenis van 'hoedanigheid' nog verder te zijn verruimd. Duidelijke voorbeelden zijn achtereenvolgens HR 18 september 1978, NJ 1978, 658; HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470 en HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801. In de eerste zaak wordt als het aannemen van een valse hoedanigheid aangemerkt het zich voordoen als iemand die een toereikend tegoed op zijn bankrekening heeft. Het betreft het geval van iemand die zich valselyk had voorgedaan als rekeninghouder

24 Naar mijn mening kan op drie wijzen van een hoedanigheid van koper sprake zijn. In de eerste plaats kan het gaan om iemand die doet alsof hij een koopovereenkomst wenst *aan te gaan*. Voor een voorbeeld wijs ik op HR 14 mei 1991, NJ 1991, 750. In de tweede plaats kan het iemand betreffen die zich de houding aanmeet van *rechthebbende* op grond van een door hem gesloten koopovereenkomst. Deze variant doet zich in het voorliggende arrest voor. De derde vorm komt neer op het zich voordoen als *adspirant-koper*. Voorbeelden zijn het op zicht vragen van schilderijen met de vooropgezette bedoeling ze meteen na ontvangst te verkopen (HR 10 maart 1992, NJ 1992, 592) en het ontlokken van een proefrit terwijl men tevoren van plan is de wagen niet terug te brengen (HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 153, in de — mijns inziens juiste — optiek van de A-G). De genoemde arresten komen aanstonds aan bod.

25 Dit bestanddeel zal in het navolgende, onder (D), aan de orde worden gesteld.

26 Van gelijke strekking: HR 28 juni 1909, W 8898.

27 HR 22 oktober 1934, NJ 1935, p. 52; HR 29 oktober 1934, NJ 1935, p. 55.

met voldoende saldo. De gedragingen van de betrokkene bestonden uit het aanbieden van een door hem ondertekende kascheque. De Hoge Raad overweegt "dat het in strijd met de waarheid zich voordoen als rekeninghouder met voldoende saldo, op een wijze en onder omstandigheden als omschreven in de tenlastelegging oplevert het aannemen van een valse hoedanigheid in de zin van artikel 326 Sr. (...)". Voornoemde wijze van doen bestond enkel in het zich gedragen zoals iedere bona fide cliënt zou hebben gedaan. Waarom desondanks 'aannemen van een valse hoedanigheid' wordt aangenomen, wordt door de Hoge Raad niet medegedeeld. Het lijkt aannemelijk dat de opmerkingen van A-G Mok met de achtergronden van de beslissing van de Hoge Raad samenvallen. Het gaat, zo stelt de A-G, in de kern om het juiste karakter van de verhouding tussen de PCGD en de cliënt-rekeninghouder. En omdat een lokettist iemand die een kascheque ter betaling aanbiedt voor een bona fide rekeninghouder mag houden²⁸, neemt degene die dat niet is maar zich wel als zodanig voordoet de valse hoedanigheid van een betrouwbare klant aan. Zou dat anders zijn, dan zou de PCGD, bij gemis aan strafrechtelijke bescherming, gedwongen worden nadere beschermingsmaatregelen te nemen, dit weer ten nadele van de aan de klanten te verlenen faciliteiten. Dat bij deze argumentatie wel enige kanttekeningen zijn te maken, zal later (met name in het zesde hoofdstuk) aan de orde worden gesteld.

In HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470 wordt hetzelfde aangenomen voor iemand die zich voordoet als een bona fide huurder van een auto. De verdachte had verscheidene auto's gehuurd zonder deze evenwel terug te brengen. Volgens de bewijsmiddelen was komen vast te staan dat de verdachte op het moment van het sluiten van de huurcontracten de bedoeling had om de auto's te huren en in plaats van ze terug te brengen te verkopen. Enerzijds had de verdachte verklaard dat hij zich had gelegitimeerd onder een valse naam met behulp van een vals (of vervalst rijbewijs), terwijl hij het huurcontract had ondertekend met een valse naam. Anderzijds had een getuige verklaard dat deze samen met de verdachte auto's had gehuurd met de bedoeling ze niet terug te brengen, maar ze te verkopen, alles volgens een te voren bedacht plan.²⁹ Het verweer luidt dat niet gezegd kan worden dat de verdachte een valse hoedanigheid van huurder heeft aangenomen, omdat hij namelijk huurder was. De Hoge Raad verwerpt dit verweer en wijst op de genoemde bewijsmiddelen. Over de betekenis van 'hoedanigheid' zegt het college niets. A-G Rummelink merkt hierover op dat de rechters onder 'huurder' kennelijk hebben verstaan 'serieuze huurder'. De verdachte had het huurcontract alleen maar als voorwendsel gebruikt om de afgifte van de auto te bewerkstelligen, aldus Rummelink. In tegenstelling tot de Hoge Raad werpt Rummelink de vraag op of 'huurder' als een voldoende zelfstandige maatschappelijke status kan worden opgevat, zoals dat het geval is bij bijvoorbeeld arts, advocaat, bakkerspatroon enzovoort. Hij sluit zich vervolgens aan bij de rechtspraak over 'aannemen van een valse hoedanigheid', waarbij hij onderkent dat deze in de loop van de tijd ruimer

28 De A-G baseert zijn betoog op art. 6, eerste lid Girobesluit 1966.

29 Terzijde merk ik op dat het complex bestaande uit de valse legitimatie en de ondertekening van het huurcontract met een valse naam, tevens als het aanwenden van listige kunstgrepen had kunnen worden aangemerkt. Aldus ook A-G Rummelink.

is geworden en besluit dan dat een huurder nog wel maatschappelijk een zekere positie heeft en een koper niet meer.³⁰

In HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801 wordt het zich voordoen als een motelgast die in staat en van plan is de rekening te betalen als het aannemen van een valse hoedanigheid beschouwd. Jegens de verdachte wordt bewezen verklaard dat hij "met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen, door het aannemen van de valse hoedanigheid van een persoon die tegen betaling in een motel wilde logeren en daar tegen betaling maaltijden en andere consumpties wilde gebruiken, E. heeft bewogen tot de afgifte aan hem, verdachte, van maaltijden en andere consumpties." Deze bewezenverklaring wordt gestaafd met enerzijds de afgelegde verklaring van de verdachte inhoudende dat hij zich had voorgedaan als iemand die van plan was wel te betalen; anderzijds het zich laten inschrijven in het motel en het gebruik maken van logies, maaltijden en dergelijke. Dit laatste wordt door het hof —met instemming van de Hoge Raad— opgevat als het zich listiglijk uitgeven voor iemand die geld had (en wilde besteden) om de motelhouder te betalen op grond waarvan deze hem logies enzovoort, verschaft.

De verdediging brengt onder meer twee kwesties te berde. De ene betreft de 'hoedanigheid', terwijl de andere betrekking heeft op de kwestie van de bijzondere betekenis van het stelsel van oplichtingsmiddelen als zodanig. Wat het eerste punt betreft voerde de raadsman aan dat "een persoon die tegen betaling in een motel wilde logeren en daar tegen betaling maaltijden en andere consumpties wilde gebruiken" onvoldoende maatschappelijke status heeft zodat door het hof aan de term 'valse hoedanigheid' een te ruime betekenis is gegeven. "Ieder die niet betaalt of niet wil betalen zal altijd in een relatie staan tot degene die betaling wil ontvangen. Degene die goederen of diensten ontvangt of schulden ziet gedelgd zal in die hoedanigheid altijd kwalificeerbaar zijn."

Het tweede door de verdediging aangevoerde punt betreft de bijzondere betekenis van de oplichtingsmiddelen van artikel 326. De raadsman stelt met zoveel woorden dat zijn cliënt eigenlijk helemaal niets bijzonders had gedaan. Hij had zich niet anders gedragen dan als iemand die wel van plan was om te betalen. En heeft de wetgever niet juist specifieke oplichtingsmiddelen in de wet opgenomen omdat hij van mening was dat pas van oplichting sprake was als iemand een ander met een bepaalde listige gedraging had weten te verschalken?³¹

De verweren die namens de verdachte werden aangevoerd, vinden volgens het hof "geen steun in het recht, nu verdachte door zijn wijze van doen opzettelijk gebruik heeft gemaakt van een in het maatschappelijk verkeer geijkt rollenpatroon tussen enerzijds de hotelhouder en anderzijds de hotelgast, waaraan ook een specifieke rolverwachting is verbonden, teneinde de hotelhouder te bewegen hem zonder betaling vooraf logies, maaltijden en consumpties te verstrekken." A-G Leijten is het met het hof eens en vergelijkt de casus van de motelgast met die van iemand die zich valselijk voordoet als rekeninghouder met voldoende saldo (waarvan in het eerder genoemde

30 Aanstonds kom ik op deze grensstelling terug.

31 Vergelijk de eerder weergegeven uitgangspunten van de wetgever van 1881.

arrest uit NJ 1978, 658 werd aangenomen dat dit oplevert het aannemen van een valse hoedanigheid). De bedrieglijkheid is volgens de A-G "hierin gelegen dat men gebruik maakt van een verwachtingspatroon bij de niet achterdochtige motelhouder, dat in de samenleving normaliter verwerkelijk wordt." En voorts: "Gelet op de bijzondere verhoudingen in de hotel- en motelwereld —het 'geijkt rollenpatroon'— kan het hof het zich laten inschrijven in een motel en het gebruik maken van logies etc. aanmerken als het gedrag van iemand die listiglijk bij de motelhouder zich uitgaf voor iemand die geld had om te betalen op grond waarvan deze hem logies etc. verschaftte. Het is niet beslissend maar in het gewone spraakgebruik en in onderling verkeer noemen zij zo iemand ook een oplichter". De Hoge Raad beslist conform conclusie.

Annotator Van Veen meent dat met HR 14 mei 1991, NJ 1991, 750 een einde wordt gemaakt aan het oprekken van het begrip valse hoedanigheid. Verdachte had zich (te zamen met een kennis) voorgedaan als koper van een huis en een stuk grond, had doen voorkomen dat hij in staat en bereid was om te betalen en had zich daartoe van een bankgarantie voorzien die hij bij het aangaan van de koopovereenkomst aan de notaris had getoond. Hierna werden het huis en de grond aan de verdachte overgedragen. Mede (of wellicht: juist) op grond van de extra omstandigheden (het zich verschaffen van een bankgarantie en de presentatie daarvan aan de notaris) oordeelt het hof dat de verdachte samen met de ander de valse hoedanigheid van koper van het onroerend goed heeft aangenomen. De Hoge Raad ziet dit anders: "De enkele omstandigheid dat men zich in strijd met de waarheid voordoet als koper van onroerend goed die bereid en in staat is de koopsom daarvan bij of korte tijd na de overdracht van dat onroerend goed te voldoen, levert niet op het aannemen van een valse hoedanigheid in de zin van artikel 326 Sr." Een tenlastelegging waarin de verdachte wordt verweten dat hij een valse hoedanigheid aanneemt door zich voor te doen als een koper van een onroerende zaak, is volgens het hoogste rechtscollege innerlijk tegenstrijdig. Net als Rummelink in zijn conclusie voor het besproken arrest HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470 (huurauto) meent Van Veen in zijn annotatie bij het arrest van 14 mei 1991 dat tussen de hoedanigheid van huurder en die van koper een principiële grens kan worden getrokken. Het zijn van koper is volgens Van Veen geen specifieke hoedanigheid meer, want die hoedanigheid heeft in onze samenleving iedereen.³²

Bij de vraag naar de juiste grenzen van het bestanddeel 'aannemen van een valse hoedanigheid' moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de vraag of (zoals in het bovenstaande geval) 'de koper' een 'hoedanigheid' is en anderzijds de kwestie of het 'zich in strijd met de waarheid voordoen (...)' het 'aannemen van een valse hoedanigheid' oplevert. Met name het valsheidsaspect dat in het middel ligt besloten geeft aan dat van de context afhankelijk is of aan het betrokken middel is voldaan. De valsheid is immers in het recht een *relatief* begrip.³³ Zo beschouwd kan aan de beslissing van de Hoge Raad geen algemene gelding worden ontleend voor de betekenis van de hoedanigheid van 'koper' —zelfs niet van 'koper van onroerende zaken'— als zodanig.

32 Verderop zal worden aangetoond dat op deze grensstelling wel het een en ander valt af te dingen.

33 Meer hierover in het vijfde hoofdstuk.

Dit brengt mij bij de vraag of het Openbaar Ministerie in deze zaak het juiste oplichtingsmiddel heeft gekozen. Ik meen dat dit niet het geval is. Weliswaar meen ik dat het in principe te verdedigen is dat het zich voordoen van koper van een onroerende zaak op grond van de weergegeven argumenten onder omstandigheden een 'valse hoedanigheid' oplevert, de keuze voor dit bestanddeel acht ik echter in het onderhavige geval niet fraai. In feite geeft het hof dit al —onbewust— aan door de nadruk te leggen op de 'extra' omstandigheid gelegen in het zich verschaffen en vervolgens presenteren van de bankgarantie. Juist vanwege deze omstandigheid had het veeleer voor de hand gelegen om hier te spreken van 'listige kunstgrepen'. Met Rammelink meen ik dat de valse hoedanigheid in principe moet worden gereserveerd voor kwaliteiten met een voldoende zelfstandige maatschappelijke status. Wellicht heeft de Hoge Raad om die reden gesteld dat de *enkele* omstandigheid dat men zich in strijd met de waarheid voordoet als koper van onroerend goed (enz.) geen valse hoedanigheid oplevert. Met andere woorden: misschien had de Hoge Raad een dagvaarding waarin in plaats van de 'valse hoedanigheid' 'listige kunstgrepen' was vermeld wel intact gelaten. Het zich verschaffen en vervolgens presenteren van een bankgarantie kunnen naar mijn mening zonder problemen als het aanwenden van listige kunstgrepen worden aangemerkt.

In HR 10 maart 1992, NJ 1992, 592, wordt als oplichting aangemerkt het aannemen van de valse hoedanigheid van *adspirant-koper*. De feiten zijn als volgt. In de kunsthandel bestaat het gebruik dat kunsthandelaars schilderijen 'op zicht' toesturen aan adspirant-kopers zodat deze de gelegenheid krijgen een besluit te vormen omtrent de aankoop van een zodanig kunstwerk. De verdachte in deze zaak had zich telefonisch een viertal schilderijen laten toezenden met de mededeling dat hij deze eventueel wilde kopen. Daartoe ging de verdachte met de kunsthandelaar schriftelijk een bruikleenovereenkomst aan. Kort na ontvangst van die schilderijen heeft hij deze —zonder tot aankoop ervan over te gaan— doorverkocht. Voor het bewijs wordt onder meer de volgende verklaring van de verdachte gebruikt:

"Bij haar heb ik mij toen voorgedaan als adspirant-koper ... Ik heb haar toen telefonisch gevraagd of ik vier schilderijen op zicht kon laten komen in verband met een eventuele koop van die schilderijen door mij. Ik weet dat het op zicht laten komen van schilderijen in die handel heel gewoon is."

Op grond van zowel deze verklaring als verdachtes mededeling dat hij de schilderijen kort na ontvangst had doorverkocht aangezien hij geld nodig had in verband met zijn faillissement, gaat de Hoge Raad akkoord met de vaststelling van het hof dat de verdachte reeds ten tijde van het op zicht vragen van de schilderijen en het bij de ontvangst tekenen van een bruikleenovereenkomst daartoe, het voornemen had wederrechtelijk over de schilderijen te beschikken.

De voorliggende uitspraak vertoont gelijkenis met HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 153. In die zaak hadden verdachten in opdracht van een verzekeringsmaatschappij zich

voorgedaan als adspirant-kopers van een auto³⁴ en zodoende bij de garagehouder voor elkaar gekregen dat zij de auto voor een proefrit meekregen.³⁵ In beide zaken is sprake van een situatie waarin op goed vertrouwen voorwerpen ‘op proef’ worden ‘uitgeleend’, vanuit de achtergrond dat de cliënt de gelegenheid krijgt zich een oordeel te vormen over de eventuele aankoop van de betrokken zaak.

De hoedanigheid van adspirant-koper kan overigens vermoedelijk niet over één kam worden geschoren met die van koper, omdat het toevoegsel ‘adspirant’ staat voor een op bijzondere (aan de eventuele koop) voorafgaande procedure waaraan bepaalde verwachtingen zijn verbonden. Bij de zaak van de schilderijen (HR 10 maart 1992, NJ 1992, 592) was dit het op zicht vragen (gepaard gaande met het sluiten van een bruikleenovereenkomst).³⁶

Leijten wijst in zijn conclusie voor NJ 1992, 592 met nadruk op de gang van zaken die in de kunstwereld *gebruikelijk* is.³⁷ Hij stelt in dit verband dat de hoedanigheid van adspirant-koper niet op zichzelf staat, maar dat de kern van de gewraakte gedraging ligt in het misbruik maken van de verdachte van het in de kunstwereld bestaande gebruik om schilderijen op zicht toe te sturen. Leijten stelt de zaak op één lijn met die van de motelgast (HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801). Ten opzichte van het genoemde arrest over de pseudo-koper van een onroerende zaak (NJ 1991, 750) signaleert hij echter een principieel verschil. Het zich voordoen als adspirant-koper en kunstkenner is gelet op wat in de kunstwereld gebruikelijk de geijkte methode om een verzoek tot afgifte van schilderijen ingewilligd te krijgen. Het zich voordoen als koper van onroerende zaken die bij of na de overdracht de koopprijs wil voldoen is daarentegen, volgens Leijten, zeker *niet* de geijkte manier om die onroerende zaken op zijn naam te krijgen. Met andere woorden: gelet op de context (het referentiekader) is de hoedanigheid van koper van een onroerende zaak niet een zelfstandige vertrouwenwekkende kwaliteit die als (valse) hoedanigheid in de zin van artikel 326 kan gelden, terwijl dit bij de hoedanigheid van adspirant-koper in de kunstwereld wel het geval is.

34 Weliswaar werd in deze zaak een ‘samenweefsel van verdichtfels’ ten laste gelegd en bewezenverklaard, dit neemt niet weg dat —zoals annotator Van Veen terecht opmerkt— deze zaak zich, met het oog op de gangbare jurisprudentie (Van Veen noemt HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470), beter had geleend om te worden afgedaan langs de weg van ‘aannemen van een valse hoedanigheid’ (van adspirant-koper). Van Veen merkt terecht op dat het wat gekunsteld aandoet om de mededeling van de verdachte dat hij een proefrit wenst te maken en het feit dat hij zich voordoet als koper, in hun onderlinge verband te beschouwen als een samenweefsel van verdichtfels. In feite heeft het samenweefsel van verdichtfels bestaan uit slechts één mededeling, te weten dat de verdachte een proefrit wilde maken als adspirant-koper.

35 De verdachten hadden de bewuste auto herkend als een gestolen auto. De proefrit was het middel om de auto op een verkorte manier te revindiceren. In par. 2.4.2. komt dit arrest —in de sleutel van de eigenrichting— nader aan de orde.

36 Bij de zaak van de ‘proefrit’ (HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 153) zou dit het ‘regelen’ van de proefrit zijn geweest (maar dit is een hypothese, omdat deze zaak —minder juist— langs de weg van de ‘listige kunstgrepen’ werd afgedaan).

37 Uitgebreid hierover in het zesde hoofdstuk.

De rechtspraak over oplichting kan overigens, vooral bij de valse hoedanigheid, *grensgevallen* opleveren *met verduistering*. Had bijvoorbeeld het reeds genoemde arrest aangaande de huurauto (HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470) niet evengoed langs de weg van de verduistering kunnen worden afgedaan? De verdachte die de auto's gehuurd had, had deze immers in zijn beschikkingsmacht krachtens een rechtsverhouding (de overeenkomst van huur en verhuur) waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de verdachte de voorwerpen 'onder zich' had.³⁸ Een belemmering voor een veroordeling wegens verduistering zou echter kunnen worden gevormd door het bestanddeel 'anders dan door misdrijf'. De vraag is namelijk hoe de wijze waarop de verdachte de auto's onder zich heeft gekregen moet worden gekwalificeerd. Enerzijds kan men er eenvoudigweg van uitgaan dat hij een rechtsgeldige huurovereenkomst heeft gesloten op grond waarvan hij gerechtigd was de auto's te huren. In dat geval heeft hij ze onmiskenbaar 'anders dan door misdrijf' onder zich gekregen. Anderzijds kan —op basis van de verklaring van de verdachte— evenwel gesteld worden dat hij tevoren van plan was de auto's niet terug te brengen maar te verkopen. In dat geval valt —overeenkomstig het bewuste arrest— het sluiten van de huurovereenkomst en het zich aldus doen afgeven van de auto's onder de gedraging die als oplichting kan worden gekwalificeerd. De verdachte heeft in dat geval de auto's niet 'anders dan door misdrijf' onder zich gekregen waardoor hij zich niet schuldig kan hebben gemaakt aan verduistering. In HR 8 januari 1991, NJ 1991, 344 is dit dilemma inzet van het verweer van de verdediging. In deze zaak hebben verdachten een schranklader met aanhangwagen gehuurd met de vooropgezette bedoeling deze niet terug te brengen maar te verkopen. De verdediging gaat in cassatie van een veroordeling wegens verduistering. Zij verweert zich met de stelling dat aangezien de verdachten de auto's door oplichting in hun bezit hebben gekregen, een veroordeling wegens verduistering niet mogelijk is. Het verweer vindt gehoor bij A-G Fokkens. De Hoge Raad heeft echter een andere opvatting:

"De in de door het hof gebezigde bewijsmiddelen vervatte feiten en omstandigheden dwingen niet tot de gevolgtrekking dat een van verdachtes mededaders de in de bewezenverklaring aangeduide voorwerpen door oplichting onder zich heeft gekregen. De enkele omstandigheid dat de verdachte en zijn mededaders reeds vóór de verkrijging van de voorwerpen de bedoeling hadden deze zich toe te eigenen, zodat zij niet voornemens waren de huurovereenkomst na te komen, is daartoe niet voldoende. Het hof kon daarentegen uit de gebezigde bewijsmiddelen afleiden dat de verdachte en zijn mededaders de voorwerpen als huurder onder zich hadden."

Deze uitspraak biedt verschillende interessante vragen en gezichtspunten. De eerste vraag die opkomt is of de Hoge Raad een integraal —in plaats van louter marginaal— toetsende uitspraak doet over de grenzen van het bestanddeel 'aannemen van een valse

38 HR 25 november 1986, NJ 1987, 418.

hoedanigheid' en wellicht daarmee over de verhouding tussen oplichting en verduistering. Volgens Machielse is dit laatste het geval. Het arrest illustreert in zijn opvatting hoe de Hoge Raad de grens tussen oplichting en verduistering handhaaft. "Door niet licht een valse hoedanigheid aan te nemen wordt een ruim grensgebied aan de verduistering toegescheiden", aldus Machielse.³⁹ Mijns inziens berust de bewering van Machielse op een miskenning van de controle die de Hoge Raad pleegt uit te oefenen waar het gaat om het rubriceren door de feitenrechter van een feitencomplex onder een bepaalde delictsomschrijving. Welke feiten en omstandigheden de rechter gebruikt en tot welke kwalificatie hij op basis van de tenlastelegging meent te moeten komen wordt door het hoogste rechtscollege slechts marginaal getoetst.⁴⁰ Dit marginale karakter spreekt ook uit de geciteerde overweging. Van beslissende betekenis lijkt het woordje 'daartoe'. Mijns inziens verwijst dit naar de zinsnede waarin staat dat de feiten en omstandigheden (enzovoort) *niet dwingen* tot de gevolgtrekking (enzovoort). In de lijn van de bedoelde opstelling van de Hoge Raad, komt de overweging van het college er mijns inziens op neer dat het hof niet gedwongen was vanuit de beschikbare bewijsmiddelen het feitencomplex als oplichting (door het aannemen van een valse hoedanigheid) aan te merken. Aldus was geen barrière aanwezig om de feiten als verduistering te kwalificeren.⁴¹ Dit neemt echter niet weg dat, indien het het hof uitdrukkelijk zou hebben geconstateerd dat het feitencomplex als oplichting moest worden aangemerkt, de zaak waarschijnlijk op de kwalificatievraag zou zijn stukgelopen. Of anders: Indien de Officier van Justitie in zijn tenlastelegging in deze zaak op oplichting zou hebben aangestuurd en de rechter aldus zou hebben gekwalificeerd, zou de Hoge Raad, gelet op HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470, vermoedelijk ook deze kwalificatie hebben kunnen billijken.⁴² Kortom: op het voorliggende geval kunnen afhankelijk van de accenten die men legt zowel oplichting als verduistering van toepassing zijn.

De beslissing van de Hoge Raad past in de rechtspraak waarin is uitgemaakt dat voor verduistering niet noodzakelijk is dat de wil om toe te eigenen pas ontstaat als de dader het voorwerp onder zich heeft.⁴³ In die lijn heeft de Hoge Raad in de voorlig-

39 Machielse, Delicten wetboek van strafrecht, in: Kroniek van het strafrecht 1991, p. 36.

40 Zie De Jong, De tenlastelegging, in: Leerstukken van strafprocesrecht, p. 44-48.

41 Zie ook HR 4 januari 1972, NJ 1972, 120 en HR 16 december 1975, NJ 1976, 186. In het eerste arrest werd aangenomen dat verdachte LSD-tabletten had verduisterd, die aan hem in de auto waren overhandigd om na te tellen door iemand, die vervolgens op een afgelegen plaats uit die auto werd gezet. Het tweede arrest betrof een huwelijkszwendelaar aan wie geld werd overhandigd nadat hij het slachtoffer had wijs gemaakt dat hij het geld zou gebruiken voor het repareren van een auto, die voor haar, de 'toekomstige bruid' was bestemd. Het bedoelde marginale karakter wordt in dit arrest uitdrukkelijk verwoord, waar de Hoge Raad stelt "dat de Rechtbank en het Hof uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen hebben kunnen afleiden, dat requirant evengenoemde geldsbedragen van Reina G.B. had ontvangen met het doel als is bewezenverklaard en deze aldus anders dan door misdrijf onder zich had, terwijl de vraag of zulks terecht is geschied in cassatie niet kan worden onderzocht".

42 Van Veen merkt in zijn noot terzijde op dat de officier er in dit soort zaken goed aan doet om oplichting en verduistering alternatief ten laste te leggen.

43 Noyon/Langemeijer/Remmeling, Het wetboek van strafrecht, aant. 5 bij art. 321.

gende zaak dan ook impliciet beslist dat het enkele feit van de kwade trouw voorafgaand aan de verduistering niet aan kwalificatie van dit delict in de weg staat.⁴⁴ Kwade trouw impliceert immers nog niet dat men dan ook handelingen verricht die de wet tot misdrijf stempelt.⁴⁵

De rechtspraak over 'aannemen van een valse hoedanigheid' overziende wordt duidelijk dat het bestanddeel gaandeweg steeds ruimer is ingevuld. Dit is niet verwonderlijk als men kijkt naar de grote semantische speelruimte van de term 'hoedanigheid'. Vooral waar een *uiterlijke* (bedrieglijke) gedraging niet of moeilijk aanwijsbaar is, leent het bestanddeel 'aannemen van een valse hoedanigheid' zich uitstekend om een (rechts)betrekking in een hoedanigheid van een van de actoren te omschrijven. Ter illustratie van een dergelijke uitleg kan gewezen worden op de suggestie die Röling in zijn noot bij HR 10 mei 1949, NJ 1949, 539 heeft gegeven. In deze zaak had de verdachte voorgegeven dat hem provisiebedragen zouden toekomen. Hiertoe had hij briefjes overlegd met een verzonnen inhoud. Deze gedraging werd ten laste gelegd als het aanwenden van listige kunstgrepen. Röling merkt nu op dat de oplossing ook langs de weg van de valse hoedanigheid gevonden had kunnen worden, namelijk indien men zou aannemen dat 'het zijn van iemand met een vordering' een hoedanigheid is. De vraag dringt zich op of de 'hoedanigheid' bij een dergelijke uitleg nog wel een zelfstandige betekenis heeft. Immers, welke houding kan niet in principe worden opgevat als een hoedanigheid? Hoe ver ligt dit standpunt af van het denkbeeld dat iedere persoon die een (eenvoudige) leugen vertelt de valse hoedanigheid aanneemt van een oprecht individu?

Aan de oprekking van het bestanddeel wordt volgens Rummelink en Van Veen een halt toegeroepen bij de hoedanigheid van koper (HR 14 mei 1991, NJ 1991, 750). Aan het arrest van de Hoge Raad kan geen principiële stellingname op dit punt worden ontleend. Dat, zoals Rummelink en Van Veen beweren, de huurder nog wel een voldoende zelfstandige maatschappelijke status heeft —en daarmee een specifieke hoedanigheid is— en de koper niet meer, kan ik evenwel niet inzien. Het lijkt mij namelijk ongerijmd dat de Hoge Raad na gestadige oprekking van de hoedanigheid door de jaren heen ineens zogenaamd een principiële grens is gaan stellen bij de hoedanigheid van de koper. Het niet aanmerken van de koper als hoedanigheid heeft dan ook wellicht uitsluitend te maken met de omstandigheid dat een dergelijke uitleg niet te rijmen zou zijn met artikel 326a, dat het als gewoonte kopen van goederen zonder betaling strafbaar stelt. Het incidenteel kopen zonder betaling levert in dat verband geen bedrog op. De vraag kan gesteld worden of dit artikel voor de rechter langzamerhand niet een hindernis is geworden bij de interpretatie van artikel 326. Wordt voor de bewuste wanprestatie bij het 'kopen' een barrière opgeworpen door de letter van artikel 326a, de wetsgeschiedenis van dit artikel wijst, zoals gezegd, uit dat ook andere vormen van bewuste wanprestatie volgens de bedoeling van de wetgever niet in artikel 326 thuishoren. Wanneer het bedrog immers louter gelegen was in

44 Zie ook de conclusie van Fokkens en de annotatie van Van Veen bij het arrest.

45 Aldus A-G Rummelink in zijn conclusie voor HR 4 januari 1972, NJ 1972, 120.

het geven van een wilsverklaring bij een overeenkomst die men niet van plan was gestand te doen, kon van oplichting niet worden gesproken. Dit geeft aan dat ook de zaak van de huurauto (HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470) aanvankelijk niet als oplichting zou zijn aangemerkt. Bovendien werd in het vorige hoofdstuk opgemerkt dat de hotelflessentrekkerij in de beraadslagingen bij de totstandkoming van artikel 326a uitdrukkelijk niet als oplichting werd aangemerkt. In het besproken motelgast-arrest werd zij niettemin als zodanig bestempeld.

Ook uit de besproken novellen blijkt dat de uitleg die in de rechtspraak wordt gegeven aan de oplichtingsmiddelen ruimer is dan de wetgever voor ogen had gestaan en destijds in de rechtspraak te zien was. De inhoud van de novelle toont aan dat de loutere aanpassing aan omstandigheden zonder een uiterlijke prestatie voor te wenden destijds niet onder een der oplichtingsmiddelen kon worden gerubriceerd. Voorgesteld werd immers om artikel 326 uit te breiden met de woorden 'hetzij door het verzwijgen van een waren naam of een ware hoedanigheid, hetzij door het wekken van het vermoeden van een niet bestaande credietwaardigheid'. Deze toevoeging zou in het licht van de huidige rechtspraak niet meer nodig zijn.

Bovendien nam de wetgever zich voor de bepaling van flessentrekkerij, indien nodig, in de toekomst uit te breiden met andere vormen van bewuste wanprestatie.⁴⁶ In de voorliggende rechtspraak zien we nu dat dit soort gevallen onder artikel 326 zijn gebracht.

Niet alleen op wetssystematische en -historische gronden kunnen kanttekeningen bij de genoemde uitspraken worden geplaatst, ook vanuit een crimineel-politieke optiek kunnen vragen worden gesteld bij de ontwikkeling in de rechtspraak. In het zesde hoofdstuk komen deze crimineel-politieke bedenkingen aan bod.

Op deze plaats merk ik op dat het wellicht aanbeveling verdient om ter voorkoming van de huidige rechtspraakexcessen aan 'hoedanigheid' het adjectief 'bijzonder' toe te voegen. Een 'bijzondere hoedanigheid' is die hoedanigheid die niet iedere willekeurige burger zomaar kan aannemen. Deze opvatting ligt in de lijn van Rummelink waar hij de eis stelt van een 'zelfstandige maatschappelijke status'.⁴⁷ Ik zou zelfs zover willen gaan door te eisen dat de hoedanigheid verbonden is met een bepaalde opleiding, toelatingseisen enz. Stelt men deze grens niet dan loopt het bestanddeel gevaar opgerecht te worden tot de hoedanigheid van een betrouwbare persoon. In de rechtspraak wordt de hoedanigheid mijns inziens te gemakkelijk afgeleid uit de *rol* waarin iemand zich bevindt. Personen bevinden zich in het samenleven immers *altijd* wel in een rol.⁴⁸

46 Zie in het bijzonder de beraadslaging naar aanleiding van het amendement Staalman, waarin deze de strafbaarstelling van hotelflessentrekkerij bepleit. Zie nader III.5.

47 Zie hiervoor in 2.2.2., onder B.

48 Alle activiteitengebieden, tot de meest 'banale' zoals het kopen van een brood bij de bakker-op-de-hoek zijn wel te herleiden tot een daarbij behorend rollenpatroon (bakker-klant, dokter-patiënt enz.).

C. Listige kunstgrepen

Al is de term 'listige kunstgrepen' in meervoudsvorm in de delictomschrijving opgenomen, de Hoge Raad heeft reeds bij arrest van 25 oktober 1909, W 8916 beslist dat een enkele kunstgreep volstaat. Een kunstgreep moet evenwel méér inhouden dan een enkele leugen. Het gaat, zoals gezegd, bij dit bestanddeel niet om woorden maar om een handeling. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad de term 'listige kunstgrepen' omschreven als 'bedrieglijke handelingen, geschikt om leugenachtige voorwendsels en valse voorstellingen ingang te doen vinden en daaraan kracht bij te zetten'.⁴⁹ Een concreet voorbeeld van 'listige kunstgrepen' is te vinden in de eerder genoemde zaak waarin aan de taxateurs van de verzekeraars verbrande filmresten werden getoond als overblijfselen van de als verbrand opgegeven, maar in werkelijkheid niet verbrande films. Andere voorbeelden⁵⁰ van 'listige kunstgrepen' zijn een gefingeerd briefhoofd⁵¹, valse staten⁵², het afgeven van waardeloze cheques.⁵³ Hierbij toont zich het verschil met het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels'. Op schrift gestelde leugens vallen onder 'listige kunstgrepen', terwijl gesproken leugens langs de weg van 'samenweefsel van verdichtsels' plegen te worden afgedaan.

Wordt in de genoemde arresten het bestanddeel 'listige kunstgrepen' aangewend voor gevallen waarin door de verdachte omstandigheden worden *gecreëerd*, in andere zaken is het bestanddeel, op dezelfde voet als bij de bovengenoemde toepassing van de 'valse hoedanigheid', gebruikt voor situaties waarin de verdachte misbruik maakt van 'goed vertrouwen' zonder daarbij een bijzondere handeling te verrichten. Een voorbeeld van een dergelijke toepassing is HR 12 juni 1951, NJ 1951, 554. De in dit arrest aan de orde komende zaak speelt zich af op een groentenveiling, alwaar men in het algemeen aan kopers kisten enkel tegen statiegeld afgeeft. Bij teruggave van kisten ontvangt men — met enige formaliteiten — dit statiegeld terug. Aan personen die 'doorgedraaide' groenten mochten meenemen werden echter kisten afgegeven zonder dat statiegeld betaald hoefde te worden. Een handelaar en zijn zoon nu namen van zo iemand kisten over, leverden die kisten in en lieten zich, onder verzwijging van hoe zij aan die kisten waren gekomen, het statiegeld uitbetalen. Twee twistpunten staan centraal. In de eerste plaats: is er sprake van de bij 'listige kunstgrepen' veronderstelde *handelingen*? In de tweede plaats: is de bepaling van oplichting wel geschreven voor personen die controle achterwege laten waar deze betrekkelijk eenvoudig had kunnen worden uitgevoerd?

De eerste vraag wordt door de Hoge Raad beantwoord met de overweging dat, naast de verzwijgingen, wel degelijk van handelingen sprake is. Het inleveren van de kratten en het in ontvangst nemen van tegoedbonnen kunnen als zodanig gelden. Wat de tweede vraag betreft stelt de Hoge Raad dat "het bedrieglijk misbruik maken van een

49 HR 1 november 1920, NJ 1920, p. 1215; HR 24 juli 1936, NJ 1937, 80.

50 Ontleend aan Van Bemmelen/Van Veen, Het materiële strafrecht, Bijzondere delicten, p. 158.

51 HR 28 oktober 1912, NJ 1913, p. 112, HR 15 juni 1914, W 9670; HR 28 augustus 1916, W 10009, HR 7 november 1921, NJ 1922, p. 183.

52 HR 12 maart 1946, NJ 1946, 380.

53 HR 1 november 1920, NJ 1920, p. 1215.

omstandigheid, t.w. van het in een speciaal geval meegeven van emballage zonder betaling van statiegeld bij het ontbreken of in onvoldoende mate bestaan van controle, het karakter van oplichting niet verliest ingeval die controle eenvoudig zou kunnen worden ingesteld, daar ook indien iemand in goed vertrouwen een bepaalde controle achterwege laat, de Strafwet bedrieglijk misbruik van dat vertrouwen beoogt te weren".

Een vergelijking tussen het bestanddeel 'aannemen van een valse hoedanigheid' en 'listige kunstgrepen' toont aan dat deze beide worden aangewend op gevallen waarin misbruik wordt gemaakt van vertrouwen dat wordt gesteld in geformaliseerde interactiepatronen, met dien verstande dat het laatstgenoemde bestanddeel eist dat een bijzondere handeling (een kunstgreep) kan worden aangewezen.⁵⁴ Door de interpretatie die de rechter eraan geeft, kunnen beide bestanddelen vaak op een zelfde geval worden toegepast. Zo werd het aanbieden van een cheque met de wetenschap dat deze niet betaalbaar is om zodoende iemand tot afgifte van geld te bewegen in HR 1 november 1920, NJ 1920, p. 1215 als een listige kunstgreep aangemerkt, terwijl gelijksoortige gevallen in de in de jaren zeventig gewezen kascheque-arresten⁵⁵ langs de weg van de valse hoedanigheid werden afgedaan. Een ander voorbeeld waarin deze bestanddelen elkaar kunnen vervangen, kan worden aangetroffen bij de arresten over onrechtmatig trekken van steun. In HR 24 juni 1929, NJ 1929, p. 1459 wordt beslist dat het tekenen door de verdachte van de controle- en uitkeringslijsten als ware hij nog werkloos, terwijl hij al werk had, oplevert het aannemen van de valse hoedanigheid van iemand die voor steun in aanmerking komt.⁵⁶ In HR 15 juni 1936, NJ 1936, 967 wordt echter uitgemaakt dat de verdachte een listige kunstgreep heeft aangewend door te verzwijgen dat hij werk had en een stempellijst te tekenen alsof hij nog werkloos was.

D. Samenweefsel van verdichtsels

Misleiding door woorden pleegt in de rechtspraak met behulp van het bestanddeel 'samenweefsel van verdichtsels' te worden afgedaan. Het uitgangspunt van de wetgever dat een opeenstapeling van leugens voor oplichting onvoldoende is, maar dat er sprake moet zijn van een zodanig verband tussen verschillende leugens dat zij elkaar wederkerig een bedrieglijke schijn van waarheid geven⁵⁷, vindt men in vele uitspraken

54 Dit verschil wordt mijns inziens miskend in het eerder genoemde HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470. Het voeren van een valse naam en het plaatsen van een valse handtekening met behulp waarvan de verdachte zich had voorgedaan als een serieuze huurder, werden door de rechter als het aannemen van een valse hoedanigheid aangemerkt, terwijl mijns inziens, juist vanwege de bijzondere handeling, afdoening langs de weg van de listige kunstgrepen meer voor de hand had gelegen.

55 HR 9 mei 1972, NJ 1972, 415; HR 3 februari 1976, NJ 1976, 304; HR 18 september 1978, NJ 1978, 658.

56 Zie ook de reeds bij de valse hoedanigheid genoemde arresten HR 22 oktober 1934, NJ 1935, 52 en HR 29 oktober 1934, NJ 1935, 55.

57 Zie III.3.5.2.2.

van de Hoge Raad terug.⁵⁸ In HR 3 juni 1986, NJ 1987, 84 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat onder een ‘samenweefsel van verdichtfels’ niet louter onware mededelingen vallen, maar dat enerzijds ook mededelingen van feiten die waar zijn of waar kunnen zijn kunnen strekken om aan een onware mededeling een schijn van waarheid te geven. Anderzijds kan zwijgen waar ter voorkoming van misleiding spreken plicht is, bijdragen tot een ‘samenweefsel van verdichtfels’.

De bovenstaande formulering waarin de wederkerigheid van de verschillende leugens is vervat, lijkt in andere uitspraken van zijn scherpte te zijn ontdaan. Zo wordt in HR 28 juni 1909, W 8898 als een samenweefsel van verdichtfels beschouwd de opeenvolging van mededelingen opzichter van de Waterstaat en zoon van een aannemer te zijn. De eis van wederkerige versterking van de leugens wordt in dit arrest niet gesteld.⁵⁹ In HR 8 januari 1974, NJ 1974, 114 wordt de eis van wederkerigheid van het waarschijnlijk maken van de leugens onderling zelfs *uitdrukkelijk* opzij gezet. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag lag, had een eigenaar/verhuurder van huizen een adspirant-huurder zogenaamde sleutelgelden afgetroggeld, door mede te delen dat overnamekosten betaald moesten worden. Daartoe had hij de adspirant-huurder tevens voorgehouden dat hij zelf voor de papieren zou zorgdragen, waarbij hij ontkende dat moeilijkheden met het huisvestingsbureau zouden ontstaan. Tegen de veroordeling wegens oplichting door een samenweefsel van verdichtfels komt de verdediging op met verwijzing naar de eerdergenoemde formulering en voert aan dat van de onderscheiden leugens niet gezegd kan worden dat zij elkaar wederkerig een schijn van waarheid of waarschijnlijkheid geven. In overeenstemming met de conclusie van A-G Rummelink beslist de Hoge Raad dat van een verband tussen de leugens sprake is en dat niet bovendien vereist is dat zij elkaar wederkerig een schijn van waarheid of waarschijnlijkheid geven. Van een ‘samenweefsel’ zoals de wetgever dat voor ogen had gestaan kan dus in deze uitspraak niet worden gesproken. De bijkomende leugen resulteert immers niet in de extra ‘beweegkracht’ die de wetgever met de term ‘samenweefsel’ had willen uitdrukken. De toegevoegde leugen, door welke de gemeente in de bewuste zaak buiten schot werd gehouden, paste weliswaar in de strategie van de huiseigenaar, zoals Rummelink beweert, hij maakt de eerdergenoemde leugen echter als zodanig niet waarschijnlijker.

De uitleg in de rechtspraak van het bestanddeel ‘samenweefsel van verdichtfels’ gaat al met al onmiskienbaar verder dat de wetgever voor ogen heeft gestaan.⁶⁰ Ik acht dit bezwaarlijk omdat de —door de term ‘weefsel’ uitgedrukte— eis van wederkerige versterking van de leugens, waarvan het principiële belang zo sterk in de wetgevingsdiscussies is benadrukt⁶¹, aldus wordt ontkracht. Gaat men immers niet verder dan

58 HR 16 juni 1902, W 7794; HR 8 maart 1926, NJ 1926, p. 368; HR 11 maart 1929, NJ 1929, p. 855; HR 27 maart 1933, NJ 1933, p. 902.

59 Zie ook: HR 28 juli 1916, NJ 1916, p. 919; HR 31 mei 1939, NJ 1939, 963.

60 Zie over deze verruiming ook: Bentford van Valkenburg, Art. 326 wetboek van strafrecht beschouwd in het licht der praktijk, p. 84 e.v.; Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 92 e.v.

61 Zie hiervoor III.5.2.2., onder D.

te eisen dat de leugens elkaar *aanvullen* dan wordt onvoldoende onderkend dat een en dezelfde leugen vaak naar willekeur kan worden voorgesteld als één geheel, dan wel als een samenstel van leugens. Met andere woorden: vrijwel elke (eenvoudige) leugen laat zich wel opsplitsen in onderdelen, zodat het bestanddeel ‘samenweefsel van verdichtels’, in zijn verwaterde staat, binnen bereik komt.⁶²

2.2.3 Enige evaluerende opmerkingen

Uit de voorgaande analyse van de rechtspraak inzake de oplichtingsmiddelen kan worden afgeleid dat in de loop van de tijd zich bij het type gevallen dat de wetgever zich bij oplichting voorstelde een andere categorie oplichtingsgedragingen heeft gevoegd. De beschouwingen over de wetsgeschiedenis in korte trekken parafraserend kan gesteld worden dat de oplichter die de wetgever voor ogen had —overdrachtelijk gezien— opereerde als een struikrover: zijn tactiek bestond eruit om een ander, liefst in een zwak moment, te verrassen om hem vervolgens te verschalken. De ander werd ongeweten en ongewild in zijn plan betrokken. Was die ander onvoldoende oplettend geweest, had hij zich te gemakkelijk laten beetnemen, dan moest strafrechtelijke bescherming uitblijven. Dit verwijst naar het uitgangspunt dat de oplichtingsmiddelen *geschikt* moeten zijn om een mens die een normale waakzaamheid in acht neemt te verschalken. Aan dit uitgangspunt werd juridisch gestalte gegeven door in artikel 326 een stelsel van oplichtingsmiddelen op te nemen dat uitstijgt boven de enkele leugen. De achtergrond hierbij was dat het handelsverkeer zo veel mogelijk vrijheid moest worden gelaten.

Gaandeweg is er, zoals gezegd, een nieuwe categorie van oplichtingsgedragingen bijgekomen. De rechter beschouwt namelijk ook als oplichting wanneer het om op zichzelf weinig- of nietszeggende gedragingen gaat die inspelen op het door de ander *bewust en openlijk* betrachten van verminderde waakzaamheid. In dergelijke gevallen behoeft de tactiek van de oplichter minder creatief te zijn. Waar hij in de ‘klassieke’ gevallen zijn intenties *expliciet* moet maskeren teneinde een ander te verschalken, kan dat bij de meer ‘moderne’ categorieën⁶³ *impliciet* plaatsvinden: een eerlijk gezicht volstaat.⁶⁴ De bedoelde categorieën tonen dan ook een verschuiving van gedragingen die door uiterlijkheden worden gekenmerkt naar gedragingen die uiterlijk —wat het strafrecht aangaat— weinig of niets voorstellen, maar beschouwd in hun context een bepaalde mentale instelling verraden. Dat de oplichter geen bijzondere gedragingen

62 Een illustratie hiervan vindt men in HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470.

63 Ik ben mij ervan bewust dat het onderscheid tussen ‘klassieke’ en ‘moderne’ gevallen betrekkelijk is. Enerzijds onderken ik overgangen. Anderzijds realiseer ik mij dat de moderne gevallen meer dan de klassieke de jurisprudentiële aandacht opeisen omdat zij de grenzen aftasten van de strafbaarheid. De klassieke gevallen lijken wat dit betreft inmiddels meer uitgekristalliseerd.

64 Een fraudegevoelig fenomeen waarbij zelfs een eerlijk gezicht niet noodzakelijk (zelfs illusoir) is, is de gelduitgifteautomaat (even afgezien van de video’s die bij sommige gelduitgifteautomaten zijn opgesteld). Dit verschijnsel komt in verband met het bestanddeel ‘bewegen tot afgifte’ nog aan de orde.

behoeft te verrichten om zijn doel te bereiken, houdt verband met de omstandigheid dat de ander *beleidsmatig* van controle afziet.⁶⁵

De ontwikkeling komt er dus op neer dat naast het in het leven roepen van omstandigheden (de vorm die de wetgever voor ogen stond) ook gevallen van (bedrieglijke) *aanpassing* aan omstandigheden als oplichting worden aangemerkt. Om deze gevallen, die minder goed zijn uit te drukken in de formeel omschreven gedragingen (de middelen) in de delictomschrijving, toch te kunnen bestraffen is in de rechtspraak, wegens de grote semantische speelruimte, vooral het bestanddeel 'aannemen van een valse hoedanigheid' aangewend. Maar ook het bestanddeel 'listige kunstgrepen', dat taalkundig minder speelruimte biedt, is gaandeweg tot deze 'moderne' gevallen opgerekt. Ondanks het feit dat de wetgever een extern gesloten stelsel van oplichtingsmiddelen in de wet heeft opgenomen, heeft de rechtspraak door de bedoelde uitbuiting van de vaagheid van (met name) het begrip 'hoedanigheid' het stelsel materieel toch zodanig opengebroken, dat in principe elke misleidende gedraging die gesteld wordt in een patroon van interacties dat de rechter beschermd wil zien, als gekwalificeerde misleiding in de zin van artikel 326 kan worden opgevat. De rechterlijke werkzaamheid heeft zich in deze gevallen dus meer toegespitst op de beoordeling van de onderliggende verhouding waarin de betrokken gedraging gesteld wordt, dan op de 'beweegkracht' van de oplichtingsmiddelen.

Bovendien kan worden geconstateerd dat het uitgangspunt om het gewone handelsverkeer zo veel mogelijk vrijheid te gunnen, dat met zoveel inspanning (van vooral Modderman) in de wettelijke formulering van oplichting is verwerkt, door de rechtspraak is verwaterd. Zo is de valse hoedanigheid dusdanig opgerekt dat ook degene die een privaatrechtelijke vordering voorwendt onder het bereik van dit bestanddeel kan worden gebracht. Daarnaast tonen zaken als die van de motelgast (HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801) en die van de huurder van een auto (HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470) aan dat een deel van het handelsverkeer gaandeweg is gecriminaliseerd.⁶⁶

Dat een bestanddeel als 'samenweefsel van verdichtsels' wat beter intact is gebleven mag geen verbazing wekken: het biedt dermate weinig semantische speelruimte dat een oprekking al gauw zal leiden tot een openlijke proclamatie van de enkele leugen als oplichtingsmiddel. De interne openheid van de middelen (par. 2.1.) geeft echter aan dat de rechter kan uitwijken naar andere middelen. Inmiddels is duidelijk geworden dat 'het aannemen van een valse hoedanigheid' en 'listige kunstgrepen' wat dat aangaat de grootste bruikbaarheidswaarde hebben.⁶⁷

65 Door bijvoorbeeld op 'goed vertrouwen' af te zien van de toepassing van verificatiemodaliteiten, zoals legitimatie of inwinnen van nadere informatie bij de betrokkene of bij derden.

66 Aldus ook Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid*, p. 102.

67 Zie ook Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid*, p. 102-103.

Hoofdstuk IV

2.3 Iemand bewegen tot een bepaalde prestatie

2.3.1 Algemeen

Het oorzakelijk verband tussen het aanwenden van een bedrieglijk middel en het verkregen resultaat wordt weergegeven met de woorden 'iemand bewegen tot (een bepaalde prestatie) door (een bepaald oplichtingsmiddel)'. Dit bestanddeel vormt de brug van de gedraging van de dader naar die van het slachtoffer. Het gaat om een materieel omschreven gedraging waarin de middelen zijn verwerkt. Het is namelijk de kwaliteit van de aangewende middelen die ertoe leidt dat een ander wordt bewogen. Het 'bewegen tot (een bepaalde prestatie)' is dus pas dan strafrechtelijk relevant indien het gepaard gaat met de aanwending van een van de bedrieglijke middelen, terwijl de dader tevens het oogmerk moet hebben om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen.

2.3.2 De causaliteitsopvatting van de Hoge Raad

Een bepaalde heersende causaliteitsopvatting is uit de rechtspraak van de Hoge Raad niet af te leiden. In HR 7 juni 1911, W 9209 overweegt het college, dat bij afwezigheid van aanknopingspunten in wet en wetshistorie, de vraag of er met het oog op een bepaald delict oorzakelijk verband aanwezig is, aan de (lagere) rechter moet worden overgelaten.

In de eerste decennia na de totstandkoming van het wetboek van strafrecht lijkt het college de causaliteit vooral als een 'alledaagse' kwestie te zien, die hoogstens door bijzondere omstandigheden een juridisch probleem kan worden. In de lijn van deze benadering leek de Hoge Raad, volgens Remmelink, de causaliteitsvraag op te vatten als van een feitelijk karakter. Remmelink illustreert zijn veronderstelling met onder andere HR 8 april 1929, NJ 1929, p. 894 waarin het college overweegt dat het abnormaal zijn van het gevolg niet beslissend is voor de toepassing van de aan het gevolg verbonden strafverzwarende omstandigheid.⁶⁸ De Hoge Raad toetst in deze periode slechts marginaal en zonder criterium.⁶⁹ Remmelink suggereert dat de Hoge Raad hier later, door de hantering van een criterium, wat anders over is gaan denken.⁷⁰ Aanvankelijk was dat criterium min of meer inhoudelijk van aard (leer van de adequate veroorzaking)⁷¹, sinds het arrest 'letale longembolie' (HR 12 september 1978, NJ 1979, 60) beperkt de Hoge Raad zich echter tot een redelijkheidstoetsing

68 Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 3 bij 'Oorzakelijkheid' (Inleiding). Zie ook de overige aldaar aangehaalde arresten.

69 Juridisch onaanvaardbare gevolgen werden doorgaans, als het delict hiertoe de ruimte verschaftte, via de dolus of de culpa afgesneden (Van Eck, Causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht, p. 146).

70 Het wetboek van strafrecht, aant. 3 bij 'Oorzakelijkheid'.

71 HR 30 oktober 1933, NJ 1933, p. 1777; HR 24 januari 1950, NJ 1950, 293; HR 27 november 1962, NJ 1963, 513; HR 13 januari 1970, NJ 1971, 144; HR 20 april 1971, NJ 1972, 82.

zonder aan te geven wat die redelijkheid voor algemene eisen stelt.⁷² Op goede gronden kan dan ook worden verdedigd dat de Hoge Raad met de leer⁷³ van de redelijke toerekening weer is teruggekeerd naar zijn oude standpunt en slechts marginaal toetst zonder inhoudelijk criterium.⁷⁴ Soms wordt dat marginale karakter nog versterkt door de negatieve formulering van de betrokken beslissing. Een voorbeeld is te vinden in het genoemde arrest 'letale longembolie', waar de Hoge Raad overweegt dat de omstandigheid, dat de aanrijding niet noodzakelijkerwijs tot het intreden van de dood behoefde te leiden en deze laatste het gevolg is geweest van een massale longembolie, die als verwikkeling is voortgekomen uit de door de aanrijding opgelopen letsels *niet* impliceert, dat het overlijden van het slachtoffer *niet* meer als gevolg van de botsing aan de dader zou kunnen worden toegerekend.⁷⁵ Met de vaststelling dat de optiek van de redelijke toerekening een formule biedt die slechts een marginale toetsing toelaat, lijkt tevens gezegd dat deze leer geen *volwaardig* criterium kan zijn —waarmee ook de lagere rechter zou kunnen volstaan— voor het in rechte aannemen van een oorzakelijk verband.⁷⁶

Grofweg kunnen in de doctrine worden onderscheiden de leer van de *conditio sine qua non*, de leer van de adequate veroorzaking en die van de redelijke toerekening. In de rechtspraak over oplichting spelen vooral de leren van de *conditio sine qua non* en de adequate veroorzaking een rol. De leer van de redelijke toerekening, althans een aspect daarvan, zal bij uitstek in mijn eigen opvatting aan de orde worden gesteld. De leer van de *conditio sine qua non* heeft de oudste papieren. Voor oplichting gaat deze uit van de vraag of het slachtoffer ook zonder de middelen zou zijn bewogen. HR 18 mei 1937, NJ 1937, p. 1037 lijkt te passen in de leer van de *conditio sine qua*

72 Zie ook: HR 23 december 1980, NJ 1981, 534; HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821; HR 12 november 1985, NJ 1986, 782.

73 Of de 'redelijke toerekening' als 'leer' kan worden aangemerkt wordt door Nijboer en Wemes betwijfeld. Zij vragen zich af of het hier niet slechts gaat om een redeneertrant in de rechtspraak (Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme, p. 89). Ik zie geen bezwaar om niettemin voor het gemak —en in de lijn van de gangbare literatuur— van dit —inderdaad wat zwaar aangezette— predikaat gebruik te maken, temeer omdat aan dit gebruik geen principiële juridische stellingname is verbonden (of kan worden afgeleid).

74 R Emmelink (Hazewinkel-Suringa/R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, p. 170) denkt hier kennelijk anders over. Hij stelt: "En in ieder geval is het niet zo (dat leert de jurisprudentie die tot dusver is verschenen), dat de Hoge Raad met deze op zich zelf vage formule van toetsing afziet en de rechter weder (net als héél vroeger) een volkomen vrijbrief zou hebben gegeven." Vreemd genoeg onderkent hij even later ook zelf het tautologische en daardoor inhoudsloze karakter van de formulering van de 'redelijke toerekening'.

75 Zie ook: HR 23 december 1980, NJ 1981, 534; HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821; HR 12 november 1985, NJ 1986, 782.

76 Knigge ziet dit anders en stelt dat het op zich genomen een betrekkelijk inhoudsloze criterium van de redelijke toerekening kan worden *ingevuld* door de factoren te onderscheiden die bij de redelijke toerekening een rol spelen (Knigge, Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap, DD 22 (1992), p. 131). Naar mijn mening kan de waarde van een criterium niet worden afgeleid van factoren die niet uitdrukkelijk in dat criterium zijn geïmpliceerd, maar bij de toepassing moeten worden 'ingelesen'. Het laat onaangeroerd dat het criterium op zich niets zegt.

non.⁷⁷ Dit arrest betreft het geval van een verdachte die met een verzonnen verhaal aan iemand geld te leen vraagt. De verdachte stelt in een van de middelen dat een loutere vraag om geld, zij het onder valse voorwendsels, nog geen ‘bewegen’ oplevert, omdat van ‘bewegen’ pas sprake is als men na bedenkingen of weigerachtigheid van de ander de voorwendsels aandikt. De Hoge Raad beslist echter dat voor ‘bewegen’ voldoende is dat zonder aanwending van de door artikel 326 gewraakte middelen de afgifte niet zou zijn gevolgd. In een eerder gedane uitspraak (HR 25 augustus 1923, NJ 1923, 1287) schemert eveneens een dergelijke optiek door. In die uitspraak werd gesteld dat het betrokken middel er tevens toe kon meewerken dat het slachtoffer werd ‘bewogen’. De vraagstelling die bij de leer van de *conditio sine qua non* hoort, is sterk geïndividualiseerd. Dit betekent dat het daarmee gepaard gaande ‘wegdenk-experiment’ zonder problemen verloopt als de verklaring van het slachtoffer — dat hij bijvoorbeeld nooit zou hebben afgegeven als de ander het oplichtingsmiddel niet zou hebben aangewend — als uitgangspunt kan dienen. Het *conditio-sine-qua-non*-verband is er dan vrijwel altijd. Dit houdt verband met het feit dat de redenering die met deze leer gepaard gaat in werkelijkheid slechts een *controlerende* werking heeft: als eerst op grond van ervaringsgegevens de aanwezigheid van een oorzakelijk verband aannemelijk is, kan een verificatie met behulp van het wegdenk-experiment plaatsvinden.⁷⁸ Is een verklaring van de bedrogene geheel afwezig of strekt deze niet tot bevestiging van het oorzakelijk verband, dan kan het experiment problemen geven. Die problemen kunnen samenhangen met de eis dat de voorwaarde *noodzakelijk* is, omdat dan moet vaststaan dat de invloed van die voorwaarde dermate groot is dat bij het ontbreken ervan het gewraakte gevolg niet zou zijn ingetreden. Problemen ontstaan vooral als naast het aangewende oplichtingsmiddel nog andere factoren aan het gevolg hebben meegewerkt. Een ander probleem betreft de vraagstelling wat er precies moet worden weggedacht. Kiest men voor de totale actie van de verdachte, dan zal het *conditio-sine-qua-non*-verband gauw worden aangenomen: had de verdachte niets ondernomen dan zou er ook niets zijn gebeurd. Kiest men echter louter voor het bedrog dat in die actie is verpakt, dan moet komen vast te staan dat zonder dit bedrog het slachtoffer niet zou zijn bewogen. Er rijzen dan problemen als dit bedrog slechts een ondergeschikte rol speelt en andere (onjuiste) informatie de doorslag geeft. In HR 19 april 1926, NJ 1926, p. 572 treft men iets van deze problemen aan. In deze zaak stelt de raadsman dat naast het door de verdachte gedebiteerde samenweefsel van verdichtsels tevens het oordeel van een derde omtrent diens betrouwbaarheid aan het gevolg (de afgifte van een geldsbedrag) heeft bijgedragen. Dat het oordeel van die derde tot de beslissing van de bedrogene om af te geven heeft bijgedragen werd bovendien bevestigd door

77 Aldus ook Pompe in zijn noot bij HR 27 november 1939, NJ 1940, 219. Duisterwinkel is minder stellig. Hij houdt de mogelijkheid open dat de algemene formule ook kan worden gezien als een uitdrukkelijke afwijzing door het college van de in het middel opgeworpen stelling dat aandringen een voorwaarde is voor ‘bewegen’ (Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 47).

78 Nieboer/Strijards, Toerekening van gevolgen in het strafrecht, in: Beginselen, (Mulderbundel), p. 236.

de verklaring van het slachtoffer zelf. Om die reden zou, aldus de verdediging, niet gezegd kunnen worden dat het slachtoffer *uitsluitend* door het oplichtingsmiddel van de verdachte tot de bedoelde afgifte was bewogen. Het door artikel 326 geëiste oorzakelijke verband zou door deze omstandigheden ontbreken. De leer van de *conditio sine qua non* brengt hier zonder meer causaal verband mee, omdat zelfs bij het bovenstaande enge uitgangspunt gesteld kan worden dat zonder het in de gedraging van de verdachte verpakte bedrog het gevolg niet zou zijn ingetreden. De uitlatingen van de bewuste derde komen dan immers in de lucht te hangen. In dergelijke gevallen zal het criterium van de *conditio sine qua non* in de praktijk gauw leiden tot het aannemen van causaal verband. Tegenwoordig eist de doctrine echter dat het door de verdachte gepleegde bedrog niet zodanig ondergeschikt is geweest dat het niet als *causa movens* kan worden aangemerkt. Deze beperking is op te vatten als een correctie op het te ruime *conditio-sine-qua-non-criterium* en wel met behulp van eisen die naar de adequatieleer verwijzen.⁷⁹

De *conditio sine qua non* schiet stellig te kort als komt vast te staan dat het slachtoffer ook zou hebben afgegeven als hij het bedrog doorzag of vermoedde. Om in deze gevallen causaal verband aan te nemen (zoals de Hoge Raad doet) zal een ander criterium nodig zijn. In plaats van het opstellen van de hypothese waartoe de leer van de *conditio sine qua non* dwingt, gaat het college kennelijk louter uit van wat er *werkelijk* is gebeurd.⁸⁰ Voorbeelden zijn te vinden in de zogenaamde kascheque-arresten (HR 9 mei 1972, NJ 1972, 415; HR 3 februari 1976, NJ 1976, 304; HR 18 september 1978, NJ 1978, 658).⁸¹ Het gaat in deze arresten telkens om een persoon die kascheques correct invult, ondertekent, presenteert aan een loketbeambte, zich daarbij legitimeert en vervolgens uitbetaling ontvangt terwijl het saldo op zijn rekening dat niet rechtvaardigt. In de aanloop naar het tweede kascheque-arrest (HR 3 februari 1976, NJ 1976, 304) beslist het hof dat het causaal verband tussen het middel en de afgifte niet kan worden bewezen, omdat de uitbetaling gepaard ging met louter formele controle zonder enig onderzoek naar de al dan niet toereikendheid van het saldo. Het hof stelt dat het aannemen van een causaal verband in dergelijke gevallen een miskenning zou betekenen van de omstandigheid dat de uitbetaling niet verplicht is en dat van hogerhand van de loketbeambten wordt verwacht dat zij als goede ambtenaren een betaling aanhouden als zij vermoeden dat van misbruik van de kascheques sprake is. Het feit dat de Hoge Raad deze uitspraak in stand laat hangt vermoedelijk samen

79 HR 16 juni 1941, NJ 1941, 705; zie ook: Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, p. 93, 97 en 99; Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, aant. 1a bij art. 326.

80 Zie ook Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, Inleiding, aant. 5 bij 'Oorzakelijkheid'.

81 De personen die in dergelijke structuren — lijfelijk — de door de oplichter ontlokte prestatie verrichten zijn doorgaans functionarissen die op grond van instructies handelen, zodat in veel gevallen de rechtspersoon waarvan de betrokkene in dienst is als de bewogene in de zin van art. 326 zal worden aangemerkt. Reeds in HR 23 maart 1931, NJ 1931, p. 1032 is aangenomen dat rechtspersonen kunnen worden 'bewogen'.

met cassatietechnische beperkingen⁸², temeer omdat de uitspraken in beide andere kascheque-arresten aantonen dat het college in dit soort gevallen wel degelijk het aannemen van causaal verband honoreert. In het derde kascheque-arrest (HR 18 september 1978, NJ 1978, 658) beslist de Hoge Raad dan ook: "dat toch de (...) omstandigheid, dat loketambtenaren van de PTT tot uitbetaling van kascheques plegen over te gaan, indien en zodra slechts is voldaan aan de enkele formaliteit dat de kascheque en de overgelegde legitimatie als geldig zijn erkend, geenszins behoeft uit te sluiten dat een dergelijke ambtenaar tot afgifte van een —in een hem ter uitbetaling aangeboden kascheque vermeld— bedrag wordt 'bewogen' in de zin welke aan die term in genoemdartikel 326 toekomt (...)". Ondanks het feit dat zes dagen voor deze uitspraak de Hoge Raad voor materieel geformuleerde delicten de leer van de adequate veroorzaking had ingewisseld voor die van de redelijke toerekening⁸³, lijkt deze uitspraak te verwijzen naar de leer van de adequate veroorzaking, aangezien er impliciet van wordt uitgegaan dat het aangewende oplichtingsmiddel *geëigend* is om de gedraging van de bedrogene teweeg te brengen. Dat niet de leer van de redelijke toerekening wordt toegepast, houdt vermoedelijk verband met de omstandigheid dat het middel is toegespitst op het bestanddeel 'bewegen'. De leer van de adequate veroorzaking stelt zich immers de vraag of het naar ervaringsregels te verwachten was dat de bedrogene door dit middel werd bewogen. Met andere woorden: of de —in de wet genoemde— prestatie van de bedrogene het naar ervaringsregels te verwachten gevolg is van het aanwenden van het oplichtingsmiddel.⁸⁴ In tegenstelling tot de leer van de *conditio sine qua non* werkt deze leer *ex ante* generaliserend. Hij stelt zich immers de vraag of het middel *in het algemeen* geschikt (*adequaat*) is om iemand te misleiden en tot een bepaalde prestatie aan te zetten. Dan is het gevolg 'naar algemene ervaringsregels redelijkerwijs te verwachten'.⁸⁵ Ook in latere uitspraken wordt de leer van de redelijke toerekening niet bij oplichting toegepast. Dit houdt vermoedelijk verband met het door de rechter gehanteerde uitgangspunt dat de oplichter juist die personen of structuren opzoekt van wie of waarvan hij verwacht dat in het algemeen minder waakzaamheid wordt betracht, zodat gevoeglijk gesteld zou kunnen worden dat het algemeen is te voorzien dat de ander wordt bewogen. Zoals in het zevende hoofdstuk aan de orde zal komen, moet een en ander naar mijn mening meer genuanceerd worden gezien.

82 De weinig gedetailleerde tenlastelegging en de feitelijke overwegingen van het hof bij het door hem niet bewezen geachte bestanddeel 'bewegen' maakten zijn uitspraak vermoedelijk minder vatbaar voor cassatie. Zie de annotatie van G.E. Mulder onder het arrest van de Hoge Raad.

83 Gedoeld wordt op het eerder besproken arrest HR 12 september 1978, NJ 1979, 60.

84 Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 1a bij art. 326; G.E. Mulder, annotatie bij HR 3 februari 1976, NJ 1976, 304.

85 Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1970, NJ 1970, 144; HR 20 april 1971, NJ 1972, 82.

2.3.3 Toevoeging van schakels in de causale keten

De rechtspraak maakt voorts duidelijk dat de middelen niet rechtstreeks op de bedrogene hoeven in te werken. Ook via tussenpersonen kan worden opgelicht. De oplichter hoeft niet in persoonlijk contact te treden met de te bedriegen persoon. Dit sluit aan bij het feit dat de wet bij materieel omschreven gedragingen —zoals ‘bewegen (...)’— niet de weg aangeeft waarlangs die gedragingen hun effect moeten bereiken. Een aantal arresten kan dit illustreren. In de zaak die ten grondslag heeft gelegen aan HR 16 oktober 1922, NJ 1923, p. 20 gaat het om iemand die terzake van de vaststelling van brandschade aan de taxateur verbrande filmresten heeft getoond als overblijfselen van als verbrand opgegeven, maar in werkelijkheid niet verbrande films. Een van de rechtsvragen is of gesteld kan worden dat de verzekeraars zijn ‘bewogen’ tot afgifte nu de misleiding zich direct richtte tot de taxateurs en slechts indirect tot de verzekeraars. Het college beantwoordt de vraag bevestigend met de overweging "dat dit bewegen tot afgifte ook kan geschieden door een middel aangewend, niet tegenover dengene, van wie de afgifte wordt verwacht (in dit geval de verzekeraars), doch tegenover een derde (in dit geval de expert-taxateurs), mits slechts (...) de bedoeling om die afgifte van de verzekeraars te verkrijgen en het oorzakelijk verband tusschen middel en afgifte vaststaan, daar immers dan het bedrieglijke middel zijn uitwerking niet heeft gemist en dengene, die de afgifte doet, ook dáárdoor is bewogen". Vele arresten bevestigen deze opvatting.⁸⁶ Een daarvan, net als het eerder besproken geval een verzekeringszaak, behoeft nog afzonderlijke vermelding: de zaak Hudig (HR 18 juni 1968, NJ 1969, 70). In dit arrest wordt jegens de verdachte bewezenverklaard dat deze teneinde verzekeringsgelden te kunnen incasseren een vrachtwagen met een —verzekerde— lading zogenaamde dumpgoederen in het water heeft laten rijden om vervolgens de gedekte goederen bij de verzekeraars aan te melden als goederen die tengevolge van enig ongeval verloren zijn gegaan. Nadat het een en ander ten uitvoer was gebracht deelt de verdachte het ‘schadegeval’ mee aan een employé, die de verzekeraars namens de firma van de gang van zaken in kennis stelt. Dit is, zo wordt gesteld in de bewezenverklaring, ook de bedoeling van de verdachte.

In cassatie wordt het pleidooi gevoerd dat er sprake is van doen plegen (doen oplichten), omdat de verdachte de onware mededeling niet rechtstreeks aan de verzekeraar heeft gedaan, maar indirect, via een tussenpersoon. De Hoge Raad overweegt hieromtrent: "dat dit bewegen tot afgifte ook kan geschieden door een middel, aangewend niet rechtstreeks tegenover het slachtoffer doch tegenover een tussenpersoon, mits slechts (...) de opzet om van het slachtoffer de afgifte te verkrijgen en het oorzakelijk verband tussen het middel en de afgifte vaststaan, daar dan immers degene die de afgifte doet, daartoe is bewogen door degene die het middel heeft aangewend." De overweging is vrijwel gelijkkluidend aan die in het zojuist besproken arrest (HR 16 oktober 1922, NJ 1923, p. 20). De toegevoegde waarde van dit arrest voor

86 HR 4 december 1951, NJ 1952, 202; HR 19 november 1953, NJ 1954, 368.

dit betoog is dan ook te vinden in de conclusie van Rummelink en de annotatie van Enschedé.

In antwoord op het pleidooi in cassatie giét A-G Rummelink de kwestie in de vorm van het daderschap. Rummelink wijst op de veranderde maatschappelijke patronen waarin mensen in toenemende mate hun doeleinden met behulp van instrumenten en organisaties realiseren en waarbij anderen als tussenpersonen worden ingeschakeld. Hij signaleert in dit verband de afnemende betekenis van de constructie 'doen plegen', in het licht van de ontworsteling van de Hoge Raad aan het fysiek georiënteerde daderschapsbegrip dat de wetgever van het wetboek van 1886 als uitgangspunt zou hebben gehanteerd.⁸⁷ Een functionele interpretatie die de Hoge Raad, met name gebruik makend van de taalruimte van doorgaans sociaal-economisch georiënteerde werkwoorden (drukken, bouwen, vervoeren, uitvoeren, telen enzovoort), in veel zaken zou hebben toegepast, zou, volgens de A-G ook hier moeten worden toegepast. Aan de hand van het bestanddeel 'bewegen (tot afgifte enzovoort)' werkt Rummelink zijn standpunt uit. Hij stelt allereerst dat 'bewegen' moet worden beschouwd als "een metafoor, ter aanduiding van een criminele gedraging waarbij het geestelijke en sociale (contact)punt van overwegend belang is". Van werkelijk 'in beweging brengen' van het slachtoffer is niet altijd sprake. Hij verwijst naar het arrest Kilometerteller (HR 6 april 1965, NJ 1965, 195) om aan te geven dat de Hoge Raad daarin besliste dat van 'bewegen' ook sprake kan zijn als het slachtoffer onberoerd wordt gelaten en de werkelijkheid rondom hem is vervalst.⁸⁸ Volgens Rummelink betekent 'bewegen' in de zin van artikel 326 niet anders dan 'veroorzaken', zij het dan met de arglistige middelen in het artikel genoemd.

Annotator Enschedé, door wie Rummelink zich bij zijn invalshoek had laten inspireren, reageert door te stellen dat het in de onderhavige zaak geenszins draait om de ontwikkelingen aangaande het functionele daderschap. De betrokken gedraging kan volgens hem juist adequaat als plegen worden gekwalificeerd, omdat de gekozen weg (neerkomend op het gebruik maken van een in geïnstitutionaliseerde gedragspatronen vervatte norm van onderling vertrouwen)⁸⁹ juist een essentieel deel uitmaakt van de verdichtende gedraging.

De woorden van Enschedé raken de problematiek mijns inziens in de kern. Voor de beoordeling van het voor oplichting benodigde oorzakelijke verband⁹⁰ maakt het niet uit hoeveel schakels zich bevinden tussen de aanwending van een oplichtingsmiddel en het resultaat, zolang deze maar door gedragingen van neutrale personen worden ingenomen en in redelijkheid kan worden gesteld dat het slachtoffer door dat middel is bewogen. Bovendien hangt het aantal schakels dat in de tenlastelegging c.q. bewezenverklaring is vermeld doorgaans samen met de mate van gedetailleerdheid waarmee

87 Zie uitgebreid over deze materie Van Woensel, In de daderstand verheven, p. 16-21 alsmede het derde en vierde hoofdstuk.

88 Het ging in dit arrest om een huurder van een auto die, teneinde het aantal te verrijden kilometers te 'drukken', gedurende zekere tijd de kilometerteller buiten werking had gesteld.

89 Later meer hierover.

90 Dit geldt overigens voor de causaliteit in het algemeen.

de gelaakte gedraging is omschreven. Zo kan men vaak zonder strafprocessuele consequenties schakels weglaten of toevoegen.⁹¹

2.3.4 Extra fysieke tussenschakels

In het vorige hoofdstuk (III.3.6.) werd opgemerkt dat de wetgever met het bestanddeel 'iemand bewegen (tot een bepaalde prestatie)' een psychische causaliteit heeft beschreven.⁹² Dat de gedraging die tot de oplichting leidt via een tussenpersoon haar werking heeft, hoeft in elk geval niet af te doen aan de omstandigheid dat het slachtoffer door die gedraging psychisch kan worden bewogen. Zowel de menselijk inbreng (de gedraging van de oplichter) als de inwerking in de psyche van een bedrogene zijn aanwezig. De —anonieme— tussenschakel doet niet af aan de activerende interactie⁹³ tussen de bedrieger en de bedrogene.

Reeds in HR 23 maart 1931, NJ 1931, p. 1032 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat rechtspersonen kunnen worden 'bewogen'. Al heeft de wetgever van het wetboek van 1886 vermoedelijk alleen het bewegen van natuurlijke personen op het oog gehad (zie III.3.6.), verdedigbaar is om het woordje 'iemand' op te vatten als persoon en daarbij zowel aan natuurlijke als aan rechtspersonen te denken. Zoals is het onderstaande zal blijken is hiermee evenwel niet gezegd dat daarmee de eis dat er een menselijke schakel moet zijn om van 'bewegen' te kunnen spreken, is komen te vervallen.

In enkele recente uitspraken wordt de spankracht van het bestanddeel 'iemand bewegen (...)' verder beproefd. Ging het in bovenstaande zaken om een 'mechanische' afgifte door natuurlijke personen (doorgaans namens een rechtspersoon), de hier bedoelde gevallen betreffen de vraag of men door manipulatie van computers of (spel)automaten de beheerders c.q. exploitanten daarvan kan 'bewegen tot afgifte' van bijvoorbeeld geld.

HR 15 januari 1991, NJ 1991, 668 betreft de veelbesproken⁹⁴ zaak van de fraudeerende Rotterdamse gemeenteambtenaar. De verdachte is een automatiseringsdeskundige die erin slaagt ruim acht miljoen gulden over te boeken naar bankrekeningen waarover hij zelf kon beschikken. Uiteindelijk weet hij zich van ruim één miljoen gulden meester te maken. De verdachte slaagt hierin door in de geautomatiseerde administratie betalingsopdrachten door middel van een speciaal programma via een tussenbestand naar het bestand DGeldV te sturen. Na de afsluiting van dit bestand en voor de verdere verwerking voegde de verdachte betalingsopdrachten ten gunste van zichzelf toe. Deze

91 Nieboer, Scheis materieel strafrecht, p. 90-91. Zie aangaande de kwestie hoeveel men in een strafproces ter discussie wil stellen, met andere woorden in hoeverre wordt gewerkt met onweerlegbare rechtsvermoedens: Nijboer, boekbespreking Eva Graul, *Recht en Kritiek* 19 (1993), p. 104-109. Meer uitgebreid over het gevaar van generalisaties bij de bewijsbeslissing in VII.4 en 5.

92 Zie ook Van Hattum/Van Bemmelen, *Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht*, p. 324.

93 Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Het wetboek van strafrecht*, aant. 1a bij art. 326.

94 Zie onder anderen Wiemans, *Computerfraude en valsheid in geschrift*, *Trema* 1988, p. 304-309 en een vervolg hierop in *Trema* 1989, p. 213-217.

werden vervolgens door de bank op dezelfde voet als de overige betalingen uitgevoerd. Om het een en ander ook boekhoudkundig kloppend te maken, werden door de verdachte nog enige 'correcties' aangebracht in het bestand journaalposten en werden bedragen naar een slapende rekening overgebracht.

Naast de uitgebreide overwegingen aangaande de toepassing van 'geschrift' in de zin van artikel 225 wordt de kwestie besproken of aan het bestanddeel 'bewegen tot afgifte' is voldaan. Aan verdachte wordt namelijk onder meer tenlastegelegd "dat hij (...) de comptabele en/of de kassier van de gem. Rotterdam meermalen heeft bewogen tot afgifte van betalingsopdrachten/bevelschriften (...)". Het hof bevestigt het vonnis van de rechtbank waarin de verdachte wordt veroordeeld tot een vrijheidsstraf van vier jaar en zes maanden. In een van de incidentele cassatiemiddelen⁹⁵ van de P-G wordt betoogd dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat sprake zou kunnen zijn van 'bewegen' omdat de verwerking van de betalingsopdrachten volledig automatisch zonder enige menselijke tussenkomst geschiedt. De Hoge Raad weersprekt dit argument met de constatering dat het door de computer vervaardigde opdrachtformulier door de kassier wordt ondertekend. De menselijke schakel als aspect van 'bewegen tot afgifte', door de ontwikkelingen rond de automatisering steeds meer op spanning gezet, blijft in deze uitspraak gehandhaafd, wordt althans niet uitdrukkelijk als criterium opzijgezet.

In HR 24 september 1991, NJ 1992, 123 gaat het om de medeplichtige van een man die met een gulden waaraan een nylon draadje was vastgeplakt telkens een schakelaar in een automaat in werking zette, waardoor elke maal spelerspunten à fl. 0,25 werden bijgeteld. Laatstgenoemde zou, volgens de tenlastegelegging, door deze gedraging de houder van het café waar de speelautomaat was geplaatst en/of de rechtspersoon-exploitant (zij hadden samen recht op de opbrengst) tot afgifte van geld hebben bewogen. Het hof komt in deze zaak tot een vrijspraak. Het acht niet bewezen dat de houder van de automaat en/of de rechtspersoon-exploitant "zou(den) zijn bewogen tot afgifte van geld in de zin van artikel 326, in welke zin de steller van de tenlastelegging de bedoelde woorden kennelijk heeft gebezigd". Onder verwijzing naar het verweer van de raadsman ter terechtzitting van het hof, spreekt het hof de verdachte vrij. Ik citeer een gedeelte uit het pleidooi:

"Zelfs indien men, zoals in de heersende leer, onder bewegen tot afgifte zou verstaan 'veroorzaken' dat wordt afgegeven, dan nog kan niet worden gesteld dat de rechthebbende op de speelautomaat is bewogen tot afgifte van geld, omdat er een rechtstreekse band dient te bestaan tussen degene die veroorzaakt en degene die afgeeft of doet afgeven. Essentieel voor oplichting is, dat er een interactie is tussen personen, tussen enerzijds de moverende en anderzijds de gmoveerde persoon, waarbij eerstgenoemde op arglistige wijze bij laatstgenoemde een zodanig verkeerde voorstelling van zaken opwekt, dat deze wordt

95 Zie omtrent de complicaties hieromtrent de noot van Corstens onder het arrest.

geactiveerd iets te doen of niet te doen. Omdat deze 'activerende interactie' hier ten enen male ontbreekt is de rechthebbende niet bewogen".

De P-G bij het hof daarentegen meent, blijkens zijn ingestelde cassatiemiddelen, uit de rechtspraak een andere conclusie te moeten afleiden. Met zoveel woorden merkt hij het volgende op. Al heeft de wetgever bij 'iemand bewegen tot afgifte' destijds vermoedelijk gedacht aan het rechtstreeks psychisch beïnvloeden van een natuurlijke persoon, de interpretatie van de rechter heeft zich inmiddels zo sterk aangepast aan ontwikkelingen in de moderne samenleving die de wetgever niet heeft kunnen voorzien, dat ook het onderhavige geval als bewegen tot afgifte in de zin van artikel 326 moet worden aangemerkt. De ontwikkelingen in de rechtspraak lopen volgens de P-G uit op de conclusie dat de menselijke schakel niet meer per se noodzakelijk is om van 'bewegen' te kunnen spreken. Met de woorden van annotator 't Hart⁹⁶ komt de opvatting van de P-G erop neer dat het niet meer uitmaakt of de 'geldafgevende instantie' een natuurlijke persoon is, zoals een lokettist die handelt volgens de instructies van het bedrijf, of een automaat die geld afgeeft volgens de programmering waarin die instructies zijn vervat. De automaat mag gezien worden als een 'funktions-identisches zeitgenössisches Äquivalent' van datgene wat de wetgever destijds voor ogen stond, aldus de P-G. Door de eis van de menselijke schakel te stellen heeft het hof, zo besluit hij, aan het bedoelde bestanddeel een te enge en te beperkte uitleg gegeven.

De Hoge Raad beslist dat niet is gebleken dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsofpvatting van de term 'heeft bewogen tot afgifte van'.

Alvorens het een en ander over deze zaak zal worden opgemerkt, zal een daarmee inhoudelijk nauw samenhangende zaak aan de orde worden gesteld, zodat het commentaar op beide arresten kan worden gecombineerd. Het gaat om HR 19 november 1991, NJ 1992, 124, waarin iemand zich een Eurochequepas van een ander heeft toegeëigend, de PIN-code heeft ontfutseld (nergens blijkt op welke wijze dit is gebeurd) en vervolgens door invoering van de pas in de gelduitgifteautomaat en intoetsing van de PIN-code van die ander, geld heeft opgenomen. De conclusie van A-G Meijers waarin deze verwijst naar de argumentatie in zijn eerdere conclusie voor NJ 1992, 123, wordt door de Hoge Raad niet gevolgd. Het college gaat niet over tot cassatie van de wegens oplichting door aanwending van listige kunstgrepen veroordelende sententie van het Hoog Militair Gerechtshof.

De vraag dringt zich op waarom de Hoge Raad hier twee zo uiteenlopende uitspraken heeft gegeven. Ervan uitgaande dat het uiterst onwaarschijnlijk is dat de Hoge Raad zonder vingerwijziging een abrupte koerswending zou maken, oppert annotator 't Hart twee mogelijkheden voor deze verschillende uitkomsten. Allereerst kan het te maken hebben met de subtiliteit van de problematiek en de moeilijkheid een afbakening te vinden. Vervolgens kunnen cassatietechnische beperkingen een rol spelen. Het laatste lijkt het meest waarschijnlijk. Door 't Hart wordt opgemerkt dat het goed mogelijk

96 Gepubliceerd onder het aanstonds te bespreken HR 19 november 1991, NJ 1992, 124.

is dat het verweer van de verdachte tijdens de terechtzitting niet in het arrest van het hof is opgenomen, waardoor de Hoge Raad niet uit het arrest zou hebben kunnen opmaken of het hof al dan niet een zuivere vrijspraak heeft gegeven. Het cassatieberoep zou dan afstuiten op artikel 430 Sv.⁹⁷ Zoals 't Hart terecht opmerkt is het dan niet duidelijk dat de Hoge Raad het gevoerde verweer nog eens in zijn overwegingen heeft meegenomen. Overigens wijst de redactie van het arrest van de Hoge Raad erop dat de passages van het ten overstaan van het hof gevoerde verweer inderdaad afkomstig zijn uit het proces-verbaal van de terechtzitting en niet uit het arrest. De aanhalingstekens na de zin die eindigt met het woord 'gebezigd' in de tweede alinea van pagina 461 van de NJ bevestigen dat daar het citaat uit het arrest wordt beëindigd. Al met al is het zeer waarschijnlijk dat aan dit arrest van de Hoge Raad, in tegenstelling tot het tweede, geen principiële betekenis kan worden toegekend met betrekking tot de uitlegging van 'iemand bewegen tot afgifte'. Dat de Hoge Raad zo kort na elkaar twee onderling tegenstrijdige interpretaties van 'bewegen tot afgifte' heeft gesanctioneerd is dus zeer onwaarschijnlijk.

De onderscheiden zaken geven zowel verschillen als overeenkomsten te zien. Allereerst een verschil. De eerste zaak betreft een machine die fysiek wordt gemanipuleerd waardoor deze afwijkend van zijn bestemming gaat functioneren. De dader bereikt zijn doel langs een weg die daarvoor op zich niet *geëigend* is.⁹⁸ In de tweede zaak (NJ 1992, 124) is dit anders. Degene die met behulp van een ontfutselde pincode en bankpas geld opneemt, kiest de geëigende weg, maar is niet bevoegd die weg te bewandelen. Om die reden lenen zich dergelijke gevallen —gezien de ruime uitleg van valse sleutels in de rechtspraak⁹⁹— zich eveneens voor afdoening via diefstal met behulp van valse sleutels. Er is hier dus sprake van een eendaadse samenloop tussen de artikelen 311, lid 1, 5° en 326.¹⁰⁰

97 Ter toelichting: indien de verdachte in hoogste feitelijke instantie is vrijgesproken van het tenlastegelegde feit, staat op grond van art. 430 lid 1 Sv tegen deze uitspraak het gewone rechtsmiddel van cassatie niet open. De Hoge Raad pleegt echter vrijspraken als 'onzuiver' —en daardoor wel toegelaten voor de cassatiebeslissing— aan te merken als deze ofwel de vorm van een ontslag van rechtsvervolgving hebben, ofwel omdat gebleken is dat de rechter een van de andere einduitspraken als bedoeld in art. 349 en 352 Sv had moeten geven (of omdat daarover twijfel bestaat). Zie Abels/Nijboer, 'Vrijspraak en ontslag van rechtsvervolgving in verband met de bescherming van de vrijspraak in cassatie', RM Themis 5 (1983), p. 448.

98 Vergelijk Leijten in zijn conclusie voor HR 8 december 1992, NJ 1993, 323.

99 De fysieke kenmerken zijn gaandeweg verdrongen door het onbevoegd gebruik dat van een sleutel wordt gemaakt. De functie en de bestemming staan dan voorop. Vanuit die optiek vallen ook elektronische sleutels (het elektronische wachtwoord als toegangsmiddel) eronder. Zie Kaspersen, Strafbaarstelling van computermisbruik, p. 248-249. Zie ook HR 20 mei 1986, NJ 1987, 130 en HR 5 december 1989, DD 90.143 waarin wordt aangenomen dat het onbevoegd gebruik van een sleutel deze sleutel vals maakt.

100 Zowel 'wegnemen' als 'tot afgifte bewegen' kunnen afhankelijk van hoe men de situatie belicht van toepassing zijn. Enerzijds kan gesteld worden dat de bank door middel van de automaat het geld afgeeft. Anderzijds kan het uit de lade van de automaat nemen van het geld als 'wegnemen' worden aangemerkt. Vergelijk ook HR 28 april 1992, NJ 1992, 657, in welke zaak de pashouder onder bedreiging zijn pincode en een bedrag had ingetoetst waarna de bedreiger het door de automaat afgegeven geld oppakte en ermee vandoor ging. Zie ook de ambthalfve conclusie van Leijten voor HR

Onder het gezichtpunt van artikel 326 komen de zaken met elkaar overeen waar het gaat om de vraag of respectievelijk de exploitant van de speelautomaat en de bank kunnen worden geacht bewogen te zijn in de zin van artikel 326. Zowel de exploitant van de speelautomaat als de bank hebben de automaat instructies gegeven om onder bepaalde voorwaarden punten toe te kennen die aanspraak geven op uitbetaling respectievelijk geld uit te keren aan degenen die daar aanspraak op maken.¹⁰¹ Deze kunnen in beide gevallen als vooraf gegeven toestemming worden beschouwd.¹⁰²

2.4 Het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling

2.4.1 Het oogmerk

‘Oogmerk’ wordt door de Hoge Raad ten aanzien van de meeste delictsomschrijvingen opgevat als het ‘naaste doel’ van de gedraging.¹⁰³ Deze formulering spitst de opzetvorm toe op een bepaald doel en voorkomt daarmee dat ook andere meer verwijderde doelen door het oogmerk worden bestreken. Aan elke delictsomschrijving kleeft dan ook een eigen ‘naaste doel’, een eigen ‘oogmerk’. De betekenis van het oogmerk wordt dan door de eigen aard van het desbetreffende delict en in samenhang met de overige bestanddelen bepaald.¹⁰⁴ Naast dit ‘delictsoogmerk’ zijn veelal andere oogmerken denkbaar. Deze worden vaak door verdachten in verweren te berde gebracht teneinde te betwisten dat aan het delictsoogmerk is voldaan.

Een voorbeeld van een dergelijk verweer vindt men in het arrest Hohner muziekinstrumenten (HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929), waarin een handelaar in muziekinstrumenten aan een klant een schriftelijke prijsopgave aftroeg die afkomstig was van een concurrerende grossier en waaruit blijkt dat deze instrumenten ten verkoop aanbiedt tegen een lagere prijs dan de toegestane grossiersprijs. Verdachte wilde deze prijsopgave in handen hebben teneinde de geschonden prijsafspraken bij de hoofdvertegenwoordiger van Hohner muziekinstrumenten aan te tonen. De rechtbank en het hof veroordelen de verdachte wegens oplichting van de particulier. Was hier sprake van ‘oogmerk tot wederrechtelijke bevoordeling’ indien vastgesteld kon worden dat het verdachtes bedoeling was om winkeliers te beschermen tegen een grossier en niet zich

8 december 1992, NJ 1993, 323.

101 Wat de relatie bank-cliënt betreft is de gebruiker van het pasje met de bijbehorende PIN-code immers niet door de bank geautoriseerd tot zijn gedragingen. Het is dus de bank —die zich van het geautomatiseerde systeem bedient in het verkeer met zijn cliënten— tot wie de machinatie zich richtten. In functioneel opzicht zijn de werkzaamheden van de gelduitgifteautomaat te vergelijken met die van de lokettist. Zowel de lokettist als de gelduitgifteautomaat functioneren immers volgens de instructies van de bank. Zie ook de annotatie van ‘t Hart onder NJ 1992, 124. Of de lokettist en de automaat juridisch gezien volledig mogen worden gelijkgeschakeld is echter de vraag. Weliswaar zijn de gedragingen van de eerste betrekkelijk mechanisch te noemen, persoonlijke inschattingen maken dat zijn controle nooit het afgepaste, digitale karakter zal hebben van de automaat.

102 Aldus ook Kaspersen, Strafbbaarstelling van computermisbruik, p. 259.

103 Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 169.

104 Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 175.

te bevoordelen? De Hoge Raad volgt de beslissing van het hof en overweegt dat artikel 326 niet eist dat het daarin omschreven oogmerk het enige oogmerk van de dader is, zodat het oogmerk van de verdachte zeer goed kan samengaan met het oogmerk om winkeliers te beschermen tegen ongeoorloofde praktijken van een grossier. Aangezien de verdachte echter *begreep* dat het in het delict bedoelde gevolg kon intreden, kan, aldus de Hoge Raad, aangenomen worden dat de verdachte (ook) het delictsoogmerk had.

Een ander voorbeeld van een dergelijk —gestrand— (ontbreken van) oogmerk-verweer kan men aantreffen bij de gevangenisvoedsel-arresten (HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87 en HR 5 januari 1982, NJ 1982, 232). Beide zaken betreffen een persoon die voor een ander een gevangenisstraf gaat uitzitten en daarvoor wordt veroordeeld wegens oplichting. Op het verweer dat het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling ontbrak omdat de ‘vervanger’ de ander slechts een dienst wilde bewijzen, beslist de Hoge Raad in het tweede arrest: "dat (...) het in art. 326 bedoelde oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen aanwezig is geweest omdat zijn in de telastelegging omschreven handelen, naar hij beseftte, als noodzakelijk en dus door hem gewild gevolg met zich mee bracht, dat hij bevoordeeld werd of zou worden door verkrijging van onderdak, voedsel en verzorging ten koste van de Staat zonder dat hij daartoe enig recht had, waarbij het bij hem bestaande motief voor zijn handelen niet beslissend is". Voor het bewijs is het besef van bepaalde gevolgen dus voldoende. Het volitieve aandeel dat bij het oogmerk prominenter aanwezig is dan bij het opzet, verliest wat het *bewijs* betreft terrein aan de cognitieve component.¹⁰⁵

De delictsgebonden beperkte betekenis van oogmerk wordt in deze uitspraken zodanig gerelativeerd, dat het op één lijn lijkt te zijn gekomen met ‘opzet’ —al blijkt uit onder andere uit het laatstgenoemde arrest dat de Hoge Raad niet verder wenst te gaan dan opzet met noodzakelijkheidsbewustzijn.^{106/107}

2.4.2 De wederrechtelijkheid van de bevoordeling

Ook de uitspraken over de vraag wanneer een bevoordeling wederrechtelijk is, hebben tot veel discussie geleid.

Door verschillende schrijvers is opgemerkt dat het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ gaandeweg is opgeslokt door de onoirbare middelen waarmee de oplichting wordt geleeft.¹⁰⁸ Dit zou vooral gebeurd zijn in uitspraken waarin de verdachte met de middelen die in artikel 326 zijn genoemd gelden of goederen weet te bemachtigen waarop hij recht meent te hebben. In tal van zaken heeft de Hoge Raad in dergelijke

105 Vergelijk Nieboer, *Wetens en willens*, p. 34.

106 Aldus ook Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht*, p. 124.

107 Zie ook HR 27 februari 1990, NJ 1991, 109 en HR 2 juli 1990, NJ 1991, 110 (schakingsarresten).

108 Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht*, p. 184; Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, p. 108; Van Bemmelen/ Van Veen, *Het materiële strafrecht, Bijzondere delicten*, p. 159; Vegter, *Oplichting, in: Fraudedelicten*, p. 47; Groenhuijsen en Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, p. 113. De achtergronden van deze problematiek zijn verwant aan die bij artikel 317. Zie bijvoorbeeld het bekende dreigbrief-arrest (HR 9 februari 1971, NJ 1971, 1).

gevallen beslist dat de bevoordeling niettemin wederrechtelijk was. Toch zijn er aan het begin van deze eeuw enige arresten geweest waarin de wederrechtelijkheid van de bevoordeling wegens het gebruik van een eigen recht was komen te ontvallen. In het arrest van 22 januari 1906, W 8326 benadrukt de Hoge Raad zelfs uitdrukkelijk de zelfstandige betekenis van het bestanddeel 'wederrechtelijk'. De zaak betreft een colporteur die iemand door een samenweefsel van verdichtsels had bewogen tot het kopen van een lot, met als gevolg dat de eerste de provisie zou opstrijken. Het hof had de wederrechtelijkheid afgeleid uit de omstandigheid dat de verdachte een samenweefsel van verdichtsels had aangewend om het voordeel te verkrijgen. De Hoge Raad is het daarmee niet eens en overweegt dat indien de beslissing van het hof juist zou zijn, daarvan de consequentie zou zijn dat er bij het aanwenden van oplichtingsmiddelen geen sprake zou kunnen zijn van het beogen van een niet-wederrechtelijk voordeel en dat daarmee het woord 'wederrechtelijk' elke betekenis zou missen.¹⁰⁹

Andere zaken wijzen evenwel in een andere richting. De zaak van het Medemblikse schoolhoofd (HR 29 april 1935, NJ 1936, 50) gaat over een directeur van een school die zich naar het Ministerie in Den Haag laat afvaardigen om de subsidiebelangen van de school veilig te stellen. Hij geeft voor dat eerdere ervaringen hem duidelijk hebben gemaakt dat als dergelijke zaakjes met een douceurtje aan de betrokken ambtenaar worden ingeleid, de kansen op succes aanmerkelijk worden verhoogd. Hij laat zich daartoe een bedrag van vijftig gulden overhandigen en drukt zijn collega's op het hart dat het maar het beste is als hij de betrokken ambtenaar buiten aanwezigheid van elk van hen spreekt. Aldus geschiedt en bij terugkomst kan hij melden dat de subsidie is gered. Wat hij echter niet meedeelt is dat hij het geld niet nodig heeft gehad om zijn doel te bereiken. Wanneer dat later uitkomt, verweert hij zich door te zeggen dat hij het geld ter compensatie van een nog open staande salarisvordering heeft aangewend. In juridische termen luidt zijn verweer: aan het bestanddeel 'oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling' is niet voldaan. De Hoge Raad stemt in met de beslissing van het hof "dat, wanneer is bewerkstelligd de afgifte van geld voor een bepaald doel, de bevoordeling wederrechtelijk is wanneer het geld niet voor dat bepaalde doel, maar ten eigen bate wordt aangewend, ook al zou degene, die tot de afgifte heeft bewogen, van degene, die het geld afgeeft, een bedrag gelijk aan of grooter dan het afgegeven bedrag te vorderen hebben".

Een ander voorbeeld is HR 23 maart 1936, NJ 1936, 563 waarin de verdachte van een rijwielhandelaar een aantal fietsen weet af te troggelen met behulp van welke hij een nog openstaande vordering wil compenseren. De Hoge Raad beslist dat hij op *deze* fietsen geen recht had.¹¹⁰

In het reeds genoemde arrest Hohner muziekinstrumenten (HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929) overweegt de Hoge Raad "dat het recht van requirant om het gedrag van K. aan de fabrikant bekend te maken het wederrechtelijke der beoogde bevoordeling geenszins uitsluit, daar requirant geen recht had op eene bevoordeling, welke van zijne

109 Een vergelijkbare beslissing, maar dan voor afpersing (art. 317), is te vinden bij HR 29 juni 1910, W 9059.

110 Van gelijke strekking: HR 23 maart 1936, NJ 1936, 814; HR 18 mei 1937, NJ 1937, 1037.

listige en bedrieglijke handeling het gevolg was". De Hoge Raad beslist over de wederrechtelijkheid met verwijzing naar de oplichtingsmiddelen. Reeds in 18 december 1911, W 9263 waarin een dergelijke opvatting van de Hoge Raad doorschemert, merkt P-G Noyon op: "De aard van de bevoordeling —d.i. de wederrechtelijkheid ervan— mag toch niet beoordeeld worden naar de voor de verkrijging gebezigde middelen, omdat het aanwenden van de middelen een van het oogmerk tot wederrechtelijke bevoordeling te onderscheiden element van oplichting is".¹¹¹

De balans opmakend betekent het bestanddeel 'wederrechtelijk' in de rechtspraak over oplichting niet meer dan dat de rechter zegt: "de verdachte had op *dit* voordeel geen recht".

Het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling wordt bij dit soort gevallen doorgaans —al dan niet uitdrukkelijk— mede opgehangen aan de betere processuele positie die men zich verwerft door met behulp van de oplichtingsmiddelen de civielrechtelijke verhaal mogelijkheden te omzeilen. De onoirbare eigenrichting maakt de bevoordeling dan wederrechtelijk. Dit blijkt bijvoorbeeld uit HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 153 ('recht op gestolen auto').¹¹² In opdracht van een verzekeringsmaatschappij waren de verdachten —die een onderzoeksbureau exploiteerden— een onderzoek begonnen naar de mogelijkheden om een gestolen auto te revindiceren. Toen zij de bewuste auto bij een garagebedrijf aantroffen, vroegen zij de garagehouder of zij niet een proefrit zouden kunnen maken. De auto werd niet teruggebracht, maar gestald bij het verzekeringsbedrijf. De verdachten stelden de autohandelaar daarvan in kennis. Met betrekking tot het verweer van de verdachten dat zij namens de verzekeraar hadden gehandeld, welke als eigenaar van de auto tot een dergelijk handelen gerechtigd was, stelt het hof "dat dit verweer faalt, aangezien H bezitter van de auto was en de eigenaar (behoudens omstandigheden, die niet zijn aangevoerd, en waarvan ook niet aannemelijk is dat zij zich hebben voorgedaan) niet gerechtigd is iemand eigenmachtig diens bezit te ontnemen". Laat het hof overigens in zijn beslissing in principe nog ruimte voor bijzondere omstandigheden welke de wederrechtelijkheid van de bevoordeling, ook wanneer die door oplichtingsmiddelen is verkregen, kunnen doen wegvallen¹¹³, de Hoge Raad lijkt verder te gaan. Het college interpreteert de uitspraak van het hof mijns inziens dan ook ruimer dan het hof voorgestaan heeft, door te overwegen: "Het hof heeft (...) met 'eigenmachtig optreden' kennelijk gedoeld op het in deze zaak bewezen-verklaarde door een samenweefsel van verdichtsels bewegen van de bezitter van de auto tot de afgifte daarvan". Ook hier verwijst de Hoge Raad bij de uitleg van 'wederrechtelijk' eenvoudigweg naar de oplichtingsmiddelen.

Mijns inziens eist het karakter van oplichting als delict ter bescherming van het vermogen dat het (bijkomend) oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling een

111 In gelijke zin Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 108-109; Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 182-185.

112 Zie ook de annotatie van Van Veen bij dit arrest.

113 In het licht van de verschillende uitspraken dienaangaande kan ik mij echter moeilijk gevallen voorstellen waarin van dergelijke 'bijzondere omstandigheden' gesproken zou worden.

zelfstandige betekenis toekomt en niet wordt overspoeld door de bedrieglijke middelen. Dit neemt niet weg dat in de meeste gevallen het gebruik van oplichtingsmiddelen een indicatie kan vormen om het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling aan te nemen.¹¹⁴ Deze zienswijze sluit aan bij de systematische plaats die de wetgever aan de wederrechtelijkheid als bestanddeel heeft toebedeeld (III.3.7.). Het functioneert immers, geheel volgens de bedoeling van de wetgever, materieel gezien als aanduiding van een strafuitsluitingsgrond¹¹⁵, aangepast aan het specifieke delict waarin het bestanddeel is opgenomen.¹¹⁶ Het vervuld-zijn van het bestanddeel 'wederrechtelijk' wordt met andere woorden, als zich geen indicatie van rechtvaardiging voordoet, verondersteld. Maar zoals de discussie in de Commissie-De Wal heeft uitgewezen, komt het bestanddeel tot leven in gevallen waarin de verdachte op het voordeel een concrete aanspraak kan maken (III.3.7). Dit roept de vraag op, in welke gevallen die aanspraak aanwezig is. Kan een ieder die een recht meent te hebben dit met behulp van oplichtingsmiddelen veiligstellen? Dit zou in strijd zijn met het uitgangspunt van de wetgever om zoveel mogelijk eigenrichting tegen te gaan, zeker ingeval iemand privaatrechtelijke middelen tot zijn beschikking heeft om zijn recht te halen. Van Hattum heeft dan ook terecht opgemerkt dat de uitdrukking 'met het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling' niet identiek moet worden geacht met 'het oogmerk om zich of een ander *een wederrechtelijk voordeel te verschaffen*', maar dat het beter is dit bestanddeel op te vatten als 'oogmerk om zich of een ander *een voordeel wederrechtelijk te verschaffen*'.¹¹⁷ Aldus opgevat kan enerzijds het bewuste oogmerk ook aanwezig zijn als de verdachte recht meende te hebben op het voordeel, terwijl anderzijds de wederrechtelijkheid kan ontbreken wanneer de verdachte gebruik maakt van een eigen recht op voordeel, ook al wendt hij een of meer oplichtingsmiddelen aan. De middelen die hij in het laatste geval aanwendt zijn, hoewel oplichtingsmiddelen, in het licht van de wederrechtelijkheid als bestanddeel *rechtmatige middelen*! Zo kan een crediteur die erg om een opeisbare geldsom verlegen zit, onder omstandigheden de nalatige debiteur tot betaling brengen door een samenweefsel van verdicht-sels, zonder zich aan oplichting schuldig te maken.¹¹⁸ Dit geeft aan dat 'wederrechtelijkheid' wel degelijk een zelfstandige betekenis toekomt in de delictsomschrijving van artikel 326. De zojuist gestelde vraag kan dan ook als volgt worden geherformu-

114 Aldus ook: Van Veen, Facet-wederrechtelijkheid, NJB 1972, p. 467.

115 Vergelijk de annotatie van Pompe bij HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929; Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 137.

116 Vergelijk de door Van Veen gehanteerde term 'facet-wederrechtelijkheid' (Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid: de rechter aan zijn grens, R.M. Themis 1971, p. 3-7; NJB 1972, p. 466-469); in soortgelijke zin: Mulder, boekbespreking DD 3 (1973), p. 410-420. Zie ook Vermunt, Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek, p. 174-181.

117 Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, deel I, p. 226.

118 Aldus Noyon/Langemeijer/Rommelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 2 bij Inleiding, wederrechtelijkheid. Instemmend met deze opvatting: Van Hattum/Van Bemmelen, Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, deel I, p. 227 en deel II p. 292. Aanstonds meer hierover.

leerd: onder welke omstandigheden kan gezegd worden dat het doel (privaatrechtelijke aanspraak op een voordeel) door de (oplichtings)middelen wordt geheiligd?¹¹⁹ Deze vraag moet mijns inziens worden beantwoord in navolging van het genoemde uitgangspunt van de wetgever dat niet kan worden aanvaard dat tal van privaatrechtelijke verhaal mogelijkheden worden omzeild (en verweermiddelen van de schuldenaar worden afgesneden) door de aanwending van bedrieglijke middelen.¹²⁰ Het doel wordt mijns inziens in principe door de oplichtingsmiddelen geheiligd als aan twee voorwaarden is voldaan. Allereerst moet er sprake zijn van een aanspraak die direct wordt vereffend. Daarvan is geen sprake als de schuldeiser de debiteur door oplichtingsmiddelen beweegt tot de afgifte van een goed om daarop vervolgens zijn vordering te verhalen. Vervolgens mag de rechthebbende op het voordeel de ander wel misleiden met het *motief* op grond waarvan hij het voordeel claimt, maar niet met de *grondslag* (de titel). Met het motief op grond waarvan een crediteur betaling vraagt van een hem toekomende vordering, heeft de debiteur namelijk niets te maken. Indien de vordering vaststaat, maakt het niet uit om welke redenen de schuldeiser op de voldoening van zijn vordering aandringt. Wordt de schuldenaar misleid ten aanzien van de titel waarop de vordering van bijvoorbeeld een geldsom wordt gebaseerd, dan impliceert dit dat de schuldenaar onkundig is van het feit dat de door hem betaalde gelden worden gebruikt om de bewuste schuld te vereffenen. Hij wordt zodoende door de misleiding van mogelijke verweermiddelen beroofd.¹²¹ Samengevat met een voorbeeld: de crediteur mag wel het onware verhaal vertellen dat hij het gevraagde bedrag (de vordering waarop hij recht heeft) nodig heeft omdat zijn auto dringend reparatie behoeft, maar hij mag niet met behulp van een of meer oplichtingsmiddelen een ander ertoe brengen hem geld te lenen om dit vervolgens niet meer terug te geven.¹²²

119 Een dergelijke finale gedachtengang, die samenhangt met het Schutznorm-principe, kan ook in andere delicten — vaak meer uitdrukkelijk — worden aangetroffen. Zie bijvoorbeeld art. 254 waarbij strafbaar gesteld wordt "hij, die *zonder redelijk doel of met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zodanig doel toelaatbaar is*, opzettelijk een dier pijn of letsel veroorzaakt of de gezondheid van een dier benadeelt (...)". De formulering doet overigens pijn, maar dat terzijde. Zie ook Pompe, Handboek van het Nederlandse strafrecht, p. 111-112; Noyon/Langemeijer/Rommelink, Het wetboek van strafrecht, aantekening 2 bij art. 317 en specifiek voor oplichting Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 108.

120 Een dergelijke stelling zou kunnen worden ingenomen voor afpersing, al moet daarbij worden opgemerkt dat art. 284 (bedreiging met) geweld zelfstandig strafbaar stelt. Dit levert een extra argument op voor gereserveerde toepassing van art. 317 op gevallen waarbij de verdachte een aanspraak kon maken op het voordeel.

121 Van Bemmelen, Wederrechtelijke bevoordeling, NJB 1972, p. 287-289.

122 Noyon/Langemeijer/Rommelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 2 bij Inleiding, wederrechtelijkheid. Overigens verwijs ik naar de opmerking van Van Bemmelen in het eerder aangehaalde artikel in NJB 1972, die terecht stelt dat veel gevallen waarbij volgens de genoemde afwegingscriteria het doel de middelen niet heiligt en waar dus de strafrechtelijke weg openstaat, niettemin vanuit beleidsoogpunt beter civielrechtelijk zouden kunnen worden opgelost. Het geval van het Medemblikse schoolhoofd is daarvan een voorbeeld. Waar niettemin strafrechtelijke vervolging (en veroordeling) plaatsheeft, kan ik mij voorstellen dat in de strafmaat met het bijzondere karakter van dit soort gevallen van eigenrichting wordt rekening gehouden.

2.4.3 Oogmerk gericht op wederrechtelijkheid?

Een ander probleem is of het oogmerk al dan niet gericht moet zijn op het bestanddeel 'wederrechtelijk'. Deze kwestie is vooral van belang in verband met de dwaling. Dwaalt de verdachte ten aanzien van de wederrechtelijkheid van de bevoordeling, dan treffen oogmerk-uitsluitende verweren alleen doel als de delictsomschrijving eist dat het oogmerk op die wederrechtelijkheid gericht is.¹²³ Die (rechts-)dwaling¹²⁴ kan zich in twee varianten voordoen. Enerzijds kan de verdachte in de waan verkeren dat de bevoordeling rechtmatig is. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de verdachte in ergernis over de wanbetaling van schuldenaar ertoe overgaat om met een listigheidje zich van de te vorderen gelden te verzekeren en dat hij in de overtuiging verkeert dat hij daarmee niet onrechtmatig handelt, daar hij immers recht had op de gelden. Anderzijds kan het omgekeerd zo zijn dat de verdachte in de veronderstelling verkeert dat de bevoordeling onrechtmatig is, terwijl achteraf blijkt dat hij op het voordeel wel degelijk recht had. In beide gevallen dwaalt hij omtrent de wederrechtelijkheid van de bevoordeling.

Aansluiting bij het normale spraakgebruik brengt mee dat het oogmerk gericht is op de bestanddelen die erop volgen —dus ook op 'wederrechtelijk'. Hetzelfde geldt overigens voor 'opzettelijk'¹²⁵ maar hier was het nodig dat de wetgever dit uitdrukkelijk verklaarde gezien de soms gecompliceerde zinsbouw van een strafbepaling. Bij oogmerk doet een dergelijke complicatie zich niet voor.

In het arrest van 13 oktober 1902, W 7814 wordt door de Hoge Raad evenwel anders beslist. Het college overweegt "dat het voor de toepassing van art. 326 voldoende is, dat het oogmerk op bevoordeling is gericht en dat de beoogde bevoordeling wederrechtelijk is". Volgens deze beslissing wordt het bestanddeel 'wederrechtelijk' dus ten opzichte van het oogmerk geobjectiveerd. Of de Hoge Raad aan deze opvatting heeft vastgehouden is sterk de vraag. In HR 21 april 1953, AA 1953/1954 (IV), p. 121 e.v. vindt een objectivering zoals in het voornoemde arrest in elk geval niet plaats. Op het verweer van de verdachte waarin deze het wederrechtelijkheidsoogmerk ontkent, beslist de Hoge Raad dat "de rechter mede op grond van de bewijsmiddelen heeft kunnen oordelen dat requirant zich bij het plegen van zijn handeling van deze wederrechtelijkheid van de door hem beoogde bevoordeling is bewust geweest". Een blik op die bewijsmiddelen leert dat het subjectieve bewustzijn is afgeleid uit het feit dat de gedraging nu eenmaal wederrechtelijk was. Hetzelfde ziet men in de eerder

123 Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht*, p. 106.

124 Rechtsdwaling doet zich vooral voor bij delicten met een zogenaamde kwalificatie-oogmerk (het oogmerk dat betrekking heeft op een nadere kwalificatie van de primaire gedraging van de dader (namelijk dat zij wederrechtelijk is). Het beroep op dwaling omtrent de feiten doet zich daarentegen bij uitsteking voor bij delicten met een continuatie-oogmerk (waarbij de gedraging vooruitziet op een nieuwe gedraging buiten de delictsinhoud). Zie Strijards, *Facetten van dwaling in het strafrecht*, p. 161.

125 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel I, p. 71 (MvT) en in het bijzonder voor het oogmerk in de delictsomschrijving van oplichting p. 71-72 (Rapport aan de koning).

besproken zaak van het Medemblikse schoolhoofd. Het hof had in die zaak beslist dat de verdachte "zich opzettelijk wederrechtelijk bevoordeelt, wanneer hij dat geld niet voor dat doel, maar ten eigen bate (...) aanwendt". In de —met het hof instemmende— overweging van de Hoge Raad komt het oogmerk zelfs niet meer aan de orde.

De zelfstandige betekenis die het bestanddeel krijgt is al met al zeer betrekkelijk. Evenals in andere zaken wordt het wederrechtelijkheidsoogmerk materieel gezien geobjectiveerd door het te verpakken in de beoordeling van de wederrechtelijkheid als zodanig en daarnaast eventueel termen aan te wenden als 'kennelijk heeft de verdachte beseft etc.'.¹²⁶ Met andere woorden: weliswaar geeft een aantal uitspraken een aanwijzing dat het wederrechtelijkheidsoogmerk als *begrip* wordt gehonoreerd, het *bewijs* van dit oogmerk bevat zo weinig informatie over de mentale toestand van de verdachte, dat *materieel gezien* van een objectivering, althans objectiverende benadering sprake is. Voor dwalingsverweren die het oogmerk uitsluiten is dan weinig plaats.¹²⁷

Zonder nog over 'goedkeuring' te spreken is er voor de objectiverende benadering van de rechter wel 'begrip' op te brengen. Het sluit namelijk in zekere zin aan bij het eerder verwoorde uitgangspunt van de wetgever om bij de beoordeling van de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde eigenrichting niet al te zeer afhankelijk te zijn van de persoonlijke overtuigingen van de verdachten.¹²⁸ En zeker gezien de verruiming die het bestanddeel 'wederrechtelijk' heeft gekregen in de richting van de maatschappelijke onbetamelijkheid¹²⁹ is de ruimte voor subjectieve inzichten met betrekking tot de wederrechtelijkheid van de gedraging zodanig toegenomen, dat daarmee een zware druk is komen te liggen op de bewijsmotivering van de rechter.¹³⁰ Anderzijds geeft de vaagheid van de grenzen tussen een geoorloofde incassomethode en ongeoorloofde eigenrichting voeding aan de opvatting dat de verdachte zeer wel kan mistasten in de maatschappelijke onbetamelijkheid van zijn gedraging.¹³¹ Vanuit dat oogpunt moet voor dwalingsverweren ruimte zijn. Een afweging van deze

126 Vergelijk de in par. 2.4.1. weergegeven arresten over het oogmerk. Dat het beseffen (weten) bij het wederrechtelijkheidsoogmerk door de rechter tot uitgangspunt wordt genomen is echter logisch correct. Het is immers ongerijmd te veronderstellen dat de verdachte *wilde* dat de bevoordeling wederrechtelijk was (Jonkers, Het strafrechtelijk schuldverwilt, in: Gedenksboek honderd jaar wetboek van strafrecht, p. 238).

127 Vergelijk Brouns waar deze opmerkt dat een objectivering van de wederrechtelijkheid doorgaans plaatsheeft in gevallen waarbij de wederrechtelijkheid materieel functioneert als een strafuitsluitingsgrond (vergelijk par. 2.4.2.). Brouns merkt voor deze gevallen op dat het Nederlandse strafrecht de zogenaamde leer van het 'negative Tatbestand' niet kent, zodat het opzet niet ook gericht behoeft te zijn op de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden. Vandaar dat een objectivering van de wederrechtelijkheid wordt toegepast (Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 136-139).

128 Zie III.3.7. en IV.2.4.2.

129 Deze ontwikkeling is vooral in gang gezet door de uitspraak in de zaak Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161).

130 Dit is overigens op zichzelf geen slechte zaak.

131 Vergelijk de conclusie van A-G Langemeijer voor het genoemde arrest HR 21 april 1953, AA 1953/54, p. 122.

respectievelijk voor en tegen de objectiverende benadering verwoorde argumentaties moet mijns inziens tot de conclusie leiden dat het gevaar van een grote afhankelijkheid van persoonlijke inzichten van de verdachte bij de bewijsvraag (als gevolg van de moeilijke definieerbaarheid van de hem toegemeten speelruimte), niet door middel van objectiverende bewijsredeneringen op de verdachte mag worden afgewenteld. De rechtsbescherming van de verdachte moet hier dus prevaleren boven de doelmatigheids-overwegingen verbonden aan het eerder verwoorde standpunt. Overigens is deze opvatting die vasthoudt aan de subjectiverende benadering van de wederrechtelijkheid ten opzichte van het oogmerk, niet zo verstrekkend als zij wellicht op het eerste gezicht lijkt. Zoals Strijards opmerkt zullen in veel gevallen de omstandigheden voldoende aanwijzingen bieden om zonder miskenning van de betekenis van het oogmerk tot een adequate bewezenverklaring te komen c.q. het oogmerk-verweer te weerleggen. De rechter is daarbij niet per definitie afhankelijk van een bekentenis van de verdachte. De manier waarop de verdachte optreedt kan vaak een dusdanig sterke aanwijzing opleveren, dat hij niet kán hebben gedacht dat hij op deze wijze mocht optreden.¹³²

Dit alles neemt niet weg dat er ook iets voor te zeggen zou zijn om het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling als een strafuitsluitingsgrond c.q. strafverminderingsgrond sui generis op te nemen, zoals de wetgever in artikel 98c, tweede lid heeft gedaan.¹³³ In dat geval heeft de verdachte een geschreven (exceptief) verweer waarop de rechter gemotiveerd moet reageren (zie nader VII.7 en VIII.5).¹³⁴

2.5 Het resultaat

Eerder werd gesteld dat de ‘medewerking’ van een derde een voorwaarde is voor een voltooid delict van oplichting. Die medewerking bestaat uit hetzij de afgifte van een goed, hetzij het aangaan van een schuld, hetzij het teniet doen van een inschuld. Het bestanddeel ‘bewegen tot (een van de genoemde prestaties)’ ziet niet op het bewerkstelligen van een besluit tot afgifte bij de ander, maar op het daadwerkelijk tot afgifte brengen.¹³⁵ De invulling van het bestanddeel wordt onder meer gestuurd door het bij de dader aanwezige ‘oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling’. Voor ‘afgifte van een goed’ brengt dat met zich mee dat bijvoorbeeld niet wordt vereist dat het afgegeven goed aan de ander toebehoort. Dat houdt in dat de afgever niet per se de benadeelde hoeft te zijn¹³⁶, sterker nog: dat benadeling als zodanig geen vereiste is om van ‘afgifte van een goed’ te kunnen spreken.

¹³² Strijards, Facetten van dwaling in het strafrecht, p. 166.

¹³³ Het tweede lid van die bepaling luidt namelijk: "De bepaling is niet toepasselijk, indien de rechter blijkt dat de dader niet heeft gehandeld met het oogmerk bedoeld onder 2°". Dit sub 2 bepaalt als volgt: "hij die enige handeling verricht, ondernomen met het oogmerk om, zonder daartoe gerechtigd te zijn, de beschikking krijgt (etc.)".

¹³⁴ Zie Nieboer, Wetens en willens, p. 32-33; Strijards, Facetten van dwaling in het strafrecht, p. 162.

¹³⁵ Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het wetboek van strafrecht, aant. 3 bij art. 326.

¹³⁶ HR 27 april 1896, W 6805.

In HR 24 januari 1950, NJ 1950, 287 heeft de Hoge Raad beslist dat de aard van het bedrogsdelict uitdrukking vindt in de middelen door welke de dader een ander tot (in dit geval) de afgifte van een goed beweegt en dat naast het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, niet ook een *benadeling* van wie dan ook wordt geëist.¹³⁷

Criterium voor afgifte is dat het goed uit de beschikkingsmacht van de afgever geraakt, zonder dat het noodzakelijk in de macht van een ander komt.¹³⁸ Zelfs het gedogen dat een goed wordt meegenomen wordt volgens HR 20 december 1988, NJ 1989, 683 onder omstandigheden als afgifte aangemerkt. Het delict oplichting nadert wat dit aangaat diefstal, omdat in die bepaling immers het 'wegnemen' is opgenomen. Analoog aan de jurisprudentie over afpersing, waar 'dwingen tot afgifte' centraal staat, kan de vraag worden gesteld of 'bewegen tot afgifte' (lees: oplichting) en 'wegnemen' (lees: diefstal) inwisselbaar op een bepaalde gebeurtenis van toepassing kunnen zijn. Teruggrijpend op de vaker genoemde betekenisveld-benadering kan men zich meer in het algemeen afvragen of delictsomschrijvingen exclusieve betekenisvelden vormen, die als het ware exclusief gebeurtenissen opeisen. In uitspraken over afpersing¹³⁹ (in relatie met diefstal met geweld) heeft de Hoge Raad overwogen dat inwisselbaarheid onder omstandigheden inderdaad mogelijk is en dat het in de eerste plaats aankomt op de keuze die het OM in een dergelijk geval maakt.¹⁴⁰ Dat delictsomschrijvingen inderdaad geen exclusieve betekenisvelden vormen hangt samen met de noodzakelijke abstractie van de realiteit die in een delictsomschrijving besloten ligt. Deze abstractie komt aan het licht in de beoordelingsmarge waar het OM (en later de rechter) mee te maken heeft bij van de vertaling van de 'dagelijkse realiteit' in juridische begrippen.

Twee arresten waarin de delictsomschrijvingen van oplichting en diefstal elkaar eveneens dicht naderen zijn de reeds genoemde arresten over de manipulatie van respectievelijk de speelautomaat en de geldautomaat.¹⁴¹

137 In deze zaak werd een hoofdonderwijzer verweten dat hij een examenkandidaat behulpzaam was geweest door hem een briefje met namen te geven waarop gegadigden stonden die in zijn plaats en onder zijn naam het examen zouden kunnen afleggen. Terzake van de vraag of er sprake was van de afgifte van een goed (het examenbriefje) had de verdediging betoogd dat de afgifte van het bewuste examenbriefje niet is 'de afgifte van enig goed' in de zin van art. 326 Sr, "welk artikel, hoewel het niet enig goed met economische waarde verlangt, toch uit de aard van het bedrogsdelict, dat onder de vermogensdelicten is geplaatst, eist dat degene die tot afgifte wordt bewogen, daardoor wordt benadeeld, hetgeen met de examencommissie niet het geval zou zijn". Zie voor een soortgelijke uitspraak als in het onderhavige arrest: HR 27 mei 1935, NJ 1936, 51.

138 HR 23 maart 1931, NJ 1932, p. 1547.

139 HR 20 december 1988, NJ 1989, 683; HR 28 januari 1992, NJ 1992, 382.

140 De inwisselbaarheid van 'dwingen tot afgifte' (art. 317) en 'wegnemen' (art. 310 e.v.) doet zich bij uitstek voor bij (bank)overvallen, omdat daarbij de afgifte onder bedreiging en het toelaten dat de goederen of gelden worden weggenomen vrijwel op hetzelfde neerkomen. Bovendien wordt in veel gevallen zowel (onder dwang) overhandigd als weggenomen (vaak nadat het slachtoffer de goederen of gelden heeft 'ontsloten'). Vandaar ook dat in HR 28 januari 1992, NJ 1992, 382 de gebeurtenis als een voortgezette handeling werd tenlastegelegd (en bewezen verklaard).

141 HR 24 september 1991, NJ 1992, 123 en HR 19 november 1991, NJ 1991, 124.

Tenslotte is in HR 28 januari 1992, NJ 1992, 363 beslist dat girale betaling kan worden beschouwd als de afgifte van een goed. Terwijl de rechtbank een dergelijke uitleg van de wettelijke term 'afgifte' strijdig acht met artikel 1, eerste lid Sr, beslist het hof dat in het maatschappelijk verkeer de girale betaling als een algemeen aanvaarde vorm van voldoening van een geldsom wordt beschouwd, dat de wetgever nog niet aan deze betalingsfaciliteit had kunnen denken en dat het voorts niet aannemelijk is dat de wetgever wat betreft de strafbaarheid onderscheid zou hebben willen maken tussen afgifte van enig goed en girale betaling. De Hoge Raad overweegt dat de beslissing van het hof niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

Een dergelijke functionele uitlegging treft men ook aan bij het bestanddeel 'enig goed' als zodanig. In de lijn van het onder meer terzake van artikel 310 gehanteerde uitgangspunt dat elk goed dat vatbaar is om voor de bezitter waarde te hebben, heeft de Hoge Raad (HR 6 oktober 1992, NJ 1993, 101) beslist dat ook een beschikking van de rechtbank op een beklag over inbeslagneming (artikel 552a, vijfde lid) als een goed conform artikel 326 kan worden opgevat.¹⁴²

De woorden 'ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer' zijn toegevoegd bij de Wet computercriminaliteit, omdat de wetgever meende dat de term 'gegevens' niet —in de lijn van Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80— onder 'goed' moet worden gerubriceerd, maar in het strafrecht een afzonderlijke begripsmatige behandeling behoeft.¹⁴³

Wat het bestanddeel 'aangaan van een schuld of tenietdoen van een inschuld' betreft kan nog gewezen worden op het arrest HR 6 april 1965, NJ 1965, 195 waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat van 'tenietdoen van een inschuld' niet alleen sprake is bij gevallen waarin de schuld in burgerrechtelijke zin tenietgaat, maar ook bij situaties waarin de schuldeiser wordt bewogen zich tegenover de schuldenaar te gedragen alsof de schuld teniet was gegaan.¹⁴⁴ Dat deze uitleg ook betekenis heeft voor het bestanddeel 'bewegen (...)' blijkt uit het vergelijkbare arrest van de teruggedraaide kilometer-teller.¹⁴⁵

142 Het college besliste in navolging van A-G Meijers. Om aan te geven waarom de beschikking vatbaar is om voor de bezitter ervan waarde te hebben, stelt de A-G: "Zo een beschikking is een op papier gestelde (want aan klager betekende en voor cassatie vatbare: art. 552d Sv) rechterlijke beslissing (art. 138 Sv) die, indien zij de beoogde last tot teruggave (art. 552a lid 6) behelst, voor de bewaarder van het inbeslaggenomen voorwerp de titel oplevert tot het daadwerkelijk teruggeven van het voorwerp (art. 552e lid 1 en 119 lid 1 Sv)."

143 Het gaat daarbij om gegevens die in het economische verkeer verhandelbaar zijn. Onder 'gegevens' wordt verstaan 'een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen (MvT, KII, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 5 en 8).

144 Deze uitspraak maakt het volgens Wattel mogelijk dat een opzettelijk gedane onjuiste belastingaangifte die strekt tot betaling van een te laag belastingbedrag als oplichting kan worden gekwalificeerd (ook al gaat de materiële belastingsschuld niet teniet: die blijft bestaan totdat betaald is). Artikel 326 is daarmee ook inzetbaar geworden bij de vervolging van van de commissiedelicten van artikel 68 AWR —al wijst Wattel er terecht op dat een dergelijke inzet uit systematisch oogpunt en uit een oogpunt van rechtsbescherming niet is toe te juichen (Wattel, Fiscaal straf- en strafprocesrecht, p. 211).

145 HR 6 april 1965, NJ 1965, 195, aangehaald in IV.2.3.3.

3 Poging

Polenaar en Heemskerk¹⁴⁶ merken op dat de door de wetgever gekozen term 'bewegen' met het oog op de poging minder gelukkig is. Omdat 'bewegen' zou wijzen op een geestelijk proces bij een ander dan de dader zou poging niet goed denkbaar zijn. Uit geen uiterlijke gedraging zou kunnen worden afgeleid dat een begin van uitvoering heeft plaatsgehad. Zolang de afgifte niet heeft plaatsgehad, zou dan ook, volgens hen, geen strafbare poging mogen worden aangenomen. De schrijvers stellen dat een andere redactie voor de toepassing van poging meer ontvankelijk zou zijn geweest. Zij stellen voor: "hij die *opzettelijk* hetzij door het aannemen van een valsche naam of van een valsche hoedanigheid, hetzij door een listigen kunstgreep, hetzij door een samenweefsel van verdichtfels, zich wederrechtelijk van iemands goed of recht *ten eigen bate of ten bate van een ander meester maakt*, wordt als schuldig enz. gestraft."

De wetgever had, volgens Polenaar en Heemskerk, het bestanddeel 'bewegen tot afgifte' dus niet in de delictsomschrijving van oplichting moeten opnemen. Het afgeven heeft bovendien geen essentiële betekenis, omdat het de oplichter weinig kan schelen of hem enkel *afgegeven* wordt. Het opzet van de dader is "zich of een ander ten koste van het slachtoffer door misleiding en list te bevoordelen". Van de zijde van de bedrogene beschouwd, zo vervolgen de schrijvers, is het eigenaardige van het misdrijf aldus "dat deze schijnbaar toestemt, dat de ander een voordeel voor zich of een derde *verwerft*, maar die toestemming niet zoude hebben gegeven, zoo niet bepaalde bedrieglijke middelen waren gebezigd, terwijl het die *middelen* zijn, welke het feit en het opzet als misdadig stempelen."

Met de woorden van Polenaar en Heemskerk kan ik niet instemmen. Polenaar en Heemskerk zijn van mening dat het 'bewegen' enerzijds en het voor poging noodzakelijke begin van uitvoering anderzijds onverenigbaar zijn, omdat 'bewegen' een inwendig proces is. Zij miskennen daarmee evenwel dat 'bewegen' als een materiële gedraging moet worden opgevat waarin de middelen zijn samengevat.¹⁴⁷ Daarbij zijn het de middelen die het begin van uitvoering vormen. Zelfs de extreme pogingsopvatting van Zevenbergen¹⁴⁸ kan hierop worden toegepast: de aanwending van de middelen kan als een 'fragmentaire rechtsfeitverwerkelijking' worden opgevat.^{149/150}

146 Polenaar/Heemskerk, Het wetboek van strafrecht, deel II, aant. 7 bij art. 326.

147 Zie par. 2.1. van dit hoofdstuk. Zie voorts over de betekenis van poging in relatie tot het betrokken delict: Nijboer/ Wemes, Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme, p. 93.

148 W. Zevenbergen, Leerboek van het Nederlandse Strafrecht I, p. 213.

149 Naast de qua redactie gelijksoortige artikelen 317 en 318, kunnen dergelijke indicaties gevonden worden bij bijvoorbeeld het gekwalificeerde delict 'diefstal met braak' (art. 311 lid 1, onder 5°). De braak vormt het begin van uitvoering voor de poging. Zie hierover Buiting, Strafbare poging, p. 89 v.

150 De poging biedt overigens ook een interessante insteek voor een beschouwing van de verhouding tussen bedrog en valsheid. Ik grijp daarvoor terug op het voor oogmerk reeds vermelde onderscheid tussen kwalificatie-oogmerk en continuatie-oogmerk (III.3.3.4.). Met name bij het continuatie-oogmerk dringt de vergelijking met de poging zich op. Bij poging is evenwel de niet-voltooiing essentieel en bij oogmerk niet (zie Nieboer, Wetens en willens, p. 32). Delicten met continuatie-oogmerk zijn delicten die vooruitzien op een bepaald doel dat beoogd is. Ten opzichte van dat doel vormen zij

In dit verband is het interessant te wijzen op HR 8 december 1992, NJ 1993, 321. In deze zaak stond de vraag centraal of het benaderen van een potentiële koper, hem videorecorders te koop aanbieden en het noemen van een prijs, terwijl verdachte met zand gevulde dozen met daarop een afbeelding van een videorecorder in een auto voorradig had, een begin van uitvoering in de zin van artikel 45 oplevert. De feiten waren als volgt. Verdachte en zijn mededader benaderen een potentiële koper met de vraag of hij geïnteresseerd is in handel en wel in vier videorecorders voor de gezamenlijke prijs van f 400. De poging mislukt en de politie wordt erbij gehaald. Deze treft in de kofferbak de vier genoemde dozen aan. Nu was de vraag: kon de omstandigheid dat zich in de auto van de verdachten ten tijde van het gesprek met de potentiële koper de bewuste dozen bevonden, meewerken aan de voor poging vereiste uiterlijke verschijningsvorm van het handelen. Stond met het oog hierop het handelen van de verdachte en zijn handlanger naar zijn uiterlijke verschijningsvorm dicht genoeg bij het voltooide misdrijf van oplichting om als strafbare poging tot oplichting te worden aangemerkt?¹⁵¹ Het hof antwoordt deze vraag bevestigend. Leijten is het met de verdediging eens dat de omstandigheid dat de dozen niet voor de dag zijn gekomen verhindert dat zij kunnen meewerken aan de uiterlijke verschijningsvorm van het handelen. Hierdoor kan van poging geen sprake zijn, omdat slechts overblijft: het aanspreken van iemand op straat, hem vragen of hij geïnteresseerd is in handel, ten verkoop aanbieden van videorecorders en het maken van de opmerking "vier voor vierhonderd". Bovendien is het enkele voornemen niet strafbaar.

Gezien het hierboven te berde gebrachte gegeven dat het middel als zodanig de voor poging vereiste 'fragmentaire rechtsfeitverwerkelijking' vormt, vraag ik mij af of in deze zaak het leerstuk van de poging niet wordt verdrongen door de vraag of er sprake is van een listige kunstgreep. Vanuit deze insteek kan de vraag worden gesteld of het enkele feit dat de verdachte en zijn handlanger de dozen als overtuigingsmiddelen achter de hand hadden (niet zichtbaar voor de potentiële koper) medebepalend is voor de vraag of van een listige kunstgreep sprake is. De vraag dringt zich dan op of een middel dat nog geheel 'in portefeuille' is als een middel in de zin van artikel 326 kan worden opgevat. Naar mijn mening gaat een dergelijke opvatting te ver en moet de eis gesteld worden dat pas van een oplichtingsmiddel sprake kan zijn vanaf het moment dat het als zodanig in de interactie is ingebracht.

in feite voorbereidingshandelingen. Het is juist dit aspect waarop Pols, zij het in andere termen, zijn gedachtengang baseerde om valsheid als een voorbereidingshandeling voor bedrog te beschouwen (III.3.3.1.).

151 Vergelijk de conclusie van Leijten voor dit arrest.

Hulp van andere disciplines

1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is de verwevenheid tussen valsheid en bedrog steeds aan de orde geweest. In het eerste hoofdstuk zagen we dat de betrokken termen verwijzen naar categorieën die, althans in aanzet, begripsmatig en qua herkomst, in belangrijke mate als *onvergelijkbare grootheden* zijn te beschouwen. Zo is ter sprake gebracht dat ‘bedrog’ als zelfstandig naamwoord is afgeleid van het werkwoord ‘bedriegen’, terwijl ‘valsheid’ als grondwoord ‘vals’ heeft dat hetzij bijvoeglijk, hetzij bijwoordelijk kan worden gebruikt. Grammaticaal hebben we dus te maken met twee ongelijksoortige begrippen.

De etymologische analyse in het tweede hoofdstuk (II.1) heeft uitgewezen dat valsheid en bedrog taalkundig niet op elkaar zijn afgestemd. Ze bevinden zich op verschillende niveau's. En als begrippen die op een verschillend niveau liggen in één veld worden samengebracht valt te verwachten dat er *overlappingsen* in betekenis ontstaan. Een wetgever die hiervoor onvoldoende oog heeft dan wel die ze weg wil werken is genoodzaakt zich (te) sterk te abstraheren van de realiteit. De geschiedkundige beschouwingen in hetzelfde hoofdstuk hebben gedemonstreerd hoeveel moeite juristen in de loop van de eeuwen hebben gehad om in dit spanningsveld van betekenissen een heldere afbakening tot stand te brengen.

In het derde hoofdstuk kwam ter sprake dat de wetgever van 1886 heeft gekozen voor afzonderlijke rubrieken van valsheid en bedrog. Een vluchtige blik in het wetboek leert evenwel dat ondanks deze keuze, de valsheid nog steeds een plaats inneemt bij de bedrogsdelicten.

In dit hoofdstuk zal het onderzoek naar de afgrenzingsproblemen worden voortgezet. Zonder te willen ontkennen dat tussen ‘valsheid’ en ‘bedrog’ (in enge zin) overgangsvormen bestaan, zal ik beide begrippen, tenzij het tegendeel blijkt, elk in hun meest uitgesproken vorm beschouwen. Zodoende kan van deze begrippen de meest heldere analyse worden verkregen. Als ‘zuiverste’ vorm van valsheid beschouw ik de valse gegevens die in gematerialiseerde toestand voorhanden zijn: vals geld, valse geschriften enzovoort. De ‘zuiverste’ vorm van bedrog treffen we aan in de misleiding die plaats vindt in een communicatie tussen personen. Een voorbeeld van een overgangsvorm is misleidende reclame.

Deze analyse zal van start gaan met een onderzoek naar de betekenis van de pejoratieve termen waarmee bedrog en valsheid worden aangeduid. Met het oog hierop zullen

deze begrippen eerst worden ‘ontkleurd’ met behulp van begrippen uit de informatietechnologie. Vervolgens zal de kleuring worden toegevoegd om de strafrechtelijke meerwaarde van de begrippen te laten zien.

Om het bedrog uit te diepen zal uitvoeriger worden ingegaan op de communicatie tussen mensen. Verschillende niveau’s van communicatie zullen worden onderscheiden. De informatietechnologie (paragraaf 2) vormt slechts één niveau, maar schiet te kort om alle relevante communicatieve aspecten van bedrog te beschrijven. Aspecten als het psychosociale (met name vertegenwoordigd door het vertrouwen), het talige (linguïstiek, pragmatiek) en het socio-culturele (het bredere referentiekader dat betekenis verleent aan de tekens) niveau zullen daarom bovendien worden besproken. Zowel de hulp van de taal- als die van de literatuurwetenschap zullen daarbij worden ingeroepen (paragrafen 3 en 4). Aan het socio-culturele niveau wordt geen afzonderlijke behandeling gewijd. Telkens als dit niveau relevant is zal erop worden geattendeerd.

Wie, zoals hier, voor de oplossing van juridische problemen de hulp inroept van andere disciplines, loopt het gevaar zich te vertillen aan zaken waarvan hij geen verstand heeft. Om die reden past mij een terughoudende opstelling. Bovendien pretendeer ik niet dat inzichten ontleend aan niet-juridische terreinen typisch juridische problemen kunnen oplossen. Wel meen ik dat ze deze kunnen verhelderen. Dit is dan ook een reden voor enkele uitstapjes naar vreemd gebied.

Zo zal met de informatietechnologie de ‘kleuring’ (zie boven) worden onderzocht. De taalkunde verheldert een belangrijke karaktertrek van bedrog, waarin het zich bij uitstek onderscheidt van valsheid. Verder stelt het aan de literatuurwetenschappen ontleende begrip ‘tekst’ ons in staat aspecten van met name valsheid aan te wijzen die in termen van ‘gedraging’ moeilijk zijn uit te drukken.

2 Informatietechnologie

2.1 Enkele definities

Zowel in de omgangstaal als in het strafrechtelijk taalgebruik zijn de begrippen valsheid en bedrog sterk ingekleurd. Het is daarom wenselijk om een analyse te geven waarbij die inkleuring zichtbaar wordt gemaakt. In eerste instantie wordt dit beproefd met begrippen uit de informatietechnologie, want die kunnen voor neutrale (niet-strafrechtelijke) omschrijvingen goede diensten bewijzen. ‘Informatie’ en ‘gegevens’ gelden als centrale begrippen in deze discipline. Overigens zullen terwille van de duidelijkheid ook enkele begrippen worden gebruikt die buiten het genoemde terrein liggen. De volgende definities worden gehanteerd:

‘Gegeven’: een door een bepaald programma herkenbare en bewerkbare weergave van ‘de werkelijkheid’.

‘Programma’: een stelsel van instructies (opdrachten, normen, ‘spelregels’) voor het doelgericht bewerken van gegevens.

'Informatie': kennisbeïnvloeding als beoogd of ervaren effect bij de gebruikers van gegevens.

Het begrip 'informatie' is het minst technische in deze trits, omdat het een persoonlijk element veronderstelt dat verwijst naar andere, 'wijdere' referentiekaders. Het veronderstelt de betrokkenheid van personen die door middel van 'gegevens' kennis uitwisselen. We bevinden ons hiermee op het terrein van de communicatie. De termen 'beogen' en 'ervaren' hebben immers een duidelijke persoonlijke inslag. Informatie ontstaat als gegevens leiden tot vermeerdering van kennis bij de ontvanger.¹ Gaat het bij 'gegevens' dus om een (gecodeerde) *weergave* van feiten, 'informatie' ontstaat door de interpretatie daarvan bij de ontvanger.² 'Gegevens' worden wel opgevat als 'bouwstenen voor informatie'.³ Zij kunnen zowel onmiddellijk als middellijk (bijvoorbeeld door middel van een 'gegevensdrager') worden overgebracht.

Het persoonlijke aspect van 'informatie', gelegen in de interpreterende activiteit van de deelnemers aan de communicatie, heeft tot gevolg dat het effect van 'verzending' van gegevens vaak onvoorspelbaar is omdat het afhankelijk is van het bredere referentiekader (socio-culturele context) van de ontvanger. Een samenstel van gegevens kan voor de een informatie opleveren en voor de ander niet of nauwelijks. In een kring van ingewijden zullen bepaalde tekens alleen voor de direct betrokkenen informatie opleveren. De gebarende interacties op de effectenbeurs zijn bijvoorbeeld voor een leek geheimtaal. Hij kent immers de achterliggende code niet. Om uit de gepresenteerde gegevens bruikbare informatie te destilleren schiet zijn referentiekader tekort. Dat referentiekader kan —bij wijze van aan de werking van de computer ontleende metafoor— worden aangeduid als een samenstel van 'programma's'. In die programma's zijn tal van ervaringen, afspraken, gewoontes enzovoort opgenomen die leiden tot verwachtingen en veronderstellingen in een interactie. De programma's (als 'stelsel van instructies' —zie definitie) bevatten niet alleen instructies die gevormd zijn door opvoeding, scholing, zich eigen gemaakte cultuurwaarden enzovoort, maar bestaan ook uit conventionele tekensystemen, hetzij van een primitief karakter (een gebarenstelsel) hetzij van een meer geavanceerde aard (het gesproken of geschreven woord).⁴ Daarnaast oriënteert de ontvanger van informatie zich op de actuele context: de situatie waarin de interactie plaatsvindt, de status van de zender van de informatie (en van zichzelf), enzovoort.⁵ Hij treedt de informatie met verwachtingen, gestuurd door programma's, tegemoet. Deze programma's bepalen welke codes moeten gelden teneinde interpretatie van tekens mogelijk te maken.⁶ Het gebruik van niet door de interactiepartners gedeelde codes zal leiden tot onherkenbaarheid van de informatie

1 Hugenholtz, Auteursrecht op informatie, p. 6.

2 Zie Hartevelt en Knigge, *Taal en teken*, DD 21 (1991), p. 112; vergelijk ook Wetsvoorstel Computercriminaliteit, Bijl. Hand. II 1989/1990, 21551, MvT, p. 6.

3 Meadows, Gordon en Singleton, *Woordenboek Nieuwe Informatietechnologie*.

4 Van den Bergh, *Recht en taal*, p. 8.

5 Van den Bergh, *Recht en taal*, p. 9.

6 Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, p. 5.

bij de ontvanger. De ‘zender’ slaagt er dan niet in door zijn uitingen zijn omgeving te bewerken, zijn handelingsplan⁷ te volvoeren.

Ik stel dat informatie een persoonlijk element bevat dat verwijst naar socio-culturele referentiekaders en dat het informatiegehalte van een boodschap geen eigenschap is van het bericht zelf, maar een functie van de kennis aanwezig bij de ontvanger.⁸ Maar ondanks het feit dat het begrip in feite uitstijgt boven de informatietechnologie en zich daardoor wat moeilijk ‘exact’ laat hanteren, is het gebruik ervan onontbeerlijk om het communicatieve aspect dat zowel aan valsheid als bedrog verbonden is, tot uitdrukking te brengen. Uitwisseling van informatie (beter gezegd: van gegevens die tot informatie leiden) is immers de essentie van een zinvolle interactie. De term ‘informatie’ zal daarom in het navolgende in de betekenis van ‘overgedragen bruikbare gegevens’ worden gebruikt.

Met de hiervoor omschreven begrippen kunnen de belangrijkste informatica-elementen van bedrog en valsheid worden omschreven. De volgende definities, die —voor alle duidelijkheid— informatie-definities zijn en geen strafrechtelijke omschrijvingen, kunnen worden gepresenteerd.

‘Valsheid’ is een inadequatie van gegevens die niet herkenbaar is voor conventionele programma’s.

‘Bedrog’ is bewerkstelligen van misinformatie met behulp van ‘valsheid’.

Toelichting: ‘Valsheid’ leidt *potentieel* tot misinformatie (of dwaling) maar is als zodanig in de eerste plaats een kenmerk van bepaalde gegevens.⁹ De ‘inadequatie’ duidt op gegevens die onvolledig of veranderd zijn. Met ‘conventionele programma’s’ wordt bedoeld de gebruikelijke programma’s, dat wil zeggen de programma’s waarmee de ontvanger normaliter werkt.¹⁰ ‘Bedrog’ veronderstelt een interactie, waarbij inadequante gegevens worden ‘overgeseind’. De kennis van de bedrogene wordt beïnvloed in een bepaalde richting zonder dat hij dit beseft.

2.2 Betekenis van informatie-definities voor strafrechtelijke begrippen ‘bedrog’ en ‘valsheid’

Al zijn de bovenstaande definities niet strafrechtelijk van aard, toch geven ze een realiteit weer die ook voor het strafrecht geldt. De begrippen die met behulp van de informatietechnologie werden geformuleerd, hebben de betekenis van een *substraat*.

7 Deze term (c.q. de termen ‘handelingsontwerp’ en ‘handelingsproject’) wordt ook gebruikt door Glastra van Loon, Norm en handeling, p. 80 en in zijn kielzog door Ter Heide, Vrijheid, over de zin van straf, p. 42 en Peters, Opzet en schuld in het strafrecht, p. 28.

8 Hugenholtz, Auteursrecht op informatie, p. 6; Koers, Informatie, informatica en juristen, p. 64.

9 Zie ook I.4.

10 Uiteraard zijn er daarnaast niet-conventionele programma’s die speciaal zijn ontworpen voor detectie van valsheid (bijvoorbeeld allerlei doorlichtingstechnieken om vals geld op te sporen en allerlei andere vormen van controle).

‘Valsheid’ en ‘bedrog’ hebben —algemeen gesproken— betrekking op gegevens waarmee ‘iets’ wordt gedaan. In het strafrecht gaat het echter om méér, namelijk om gegevens waarmee c.q. ten aanzien waarvan dermate fout wordt gehandeld dat dit tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt. De ‘inkleuring’ welke leidt tot de strafrechtelijke begrippen ziet er voor respectievelijk valsheid en bedrog als volgt uit.

Valsheid, omschreven als een ‘inadequatie van gegevens’ is als zodanig een algemeen verschijnsel dat niet beperkt is tot valsheid in enge zin (zie boven, paragraaf 1). Het is immers eigen aan het samenleven en communiceren dat mensen met veel onzekerheden moeten leven en toch beslissingen moeten nemen.¹¹ Zo beschouwd bouwen mensen hun wereld per definitie op met lacuneuze en ten dele zelfs niet (geheel) betrouwbare gegevens. Het ontbreken van kennis kan zelfs onder omstandigheden de effectiviteit van de communicatie ten goede komen.¹²

Iemand die inadequate gegevens doorgeeft, schendt op zich genomen nog geen enkele norm. Er zijn zelfs allerlei gegevens waarvan iedereen weet dat ze uit hun aard niet anders dan inadequaat kunnen zijn, of gegevens waarvan niemand weet dat ze inadequaat zijn. Maar ‘valsheid’ is een resultaat van vervalsing, dat wil zeggen het bewust inadequaat laten of maken van gegevens en wel zodanig dat die inadequatie bij normaal gebruik niet kan worden ontdekt. Valsheid veronderstelt dus:

- (a) dat er wél adequate gegevens beschikbaar zijn;
- (b) dat de inadequatie een bepaald doel van de ‘zender’ dient (een bepaalde bestemming heeft);
- (c) dat de onherkenbaarheid door de conventionele programma’s onderdeel van dat doel is (het valse moet dus op het programma de indruk maken van ‘echt en onvervalst’).

Valsheid is in het strafrecht negatief gekleurd wat betreft de ‘strijd met de werkelijkheid (waarheid)’. Voorts veronderstelt het werkwoord ‘vervalsen’ het *ongeoorloofde* én het *bewuste* van de gedraging. ‘Gebruiken van het vervalste’ kan daarentegen in dwaling plaatsvinden. Om die reden worden hierbij de verwijtbestanddelen afzonderlijk vermeld.

Bedrog is in die zin gekleurd dat het zowel norm-schennende misleiding als bewustheid van die misleiding impliceert. Bedrog is strafrechtelijk meer dan ‘hantering van inadequate gegevens in een interactie’. Die hantering geschiedt bovendien *bewust* en is *ongeoorloofd*. Al met al is bedrog een zwaarbeladen en complex begrip. Het bezit een nog sterkere inkleuring dan valsheid: het veronderstelt bewust gebruik van valsheid. De informatietechnologische definities laten verder zien dat het ‘bedrog’ de ‘valsheid’ *veronderstelt* (en niet andersom). Dit verklaart mede waarom de afgrenzing van bedrog en valsheid zoveel problemen oplevert: in de bedriegende gedraging van de persoon is —tenminste iets als— valsheid een onmisbare voorwaarde. Ik ben van mening dat dit ook voor het strafrecht geldt. Per oplichtingsmiddel kan dit worden aangetoond. De valse naam en de valse hoedanigheid spreken voor zich. Dat het aanwenden van listige kunstgrepen neerkomt op het gebruiken van valsheid blijkt uit

11 Luhmann, *Vertrauen*, p. 1 e.v.

12 Zie Kruithof, *Onwetendheid en sociaal gedrag*, p. 36 e.v.

de term ‘kunstgreep’. Deze geeft aan dat het gaat om de presentatie van onechte, valse gegevens die leiden tot misinformatie bij de ontvanger. Ook uit de term ‘samenweefsel van verdichtfels’ komt naar voren dat het gaat om het doen van mededelingen, het vertellen van verhalen die vals zijn. Al met al kan in aansluiting bij de voorgaande definitie van valsheid worden betoogd dat de middelen die in de bepaling van oplichting zijn genoemd, alle kunnen worden opgevat als het gebruiken van valsheid (in ruime zin).

2.3 Communicatieve factor bij bedrog en valsheid

Aan de hand van de term ‘informatie’ werd hierboven duidelijk gemaakt dat de betekenis van valsheid (al dan niet als onderdeel van bedrog) niet alleen wordt bepaald door degene die gegevens uitzendt, maar tevens door de ontvanger van die gegevens. Het communicatieve aspect is een belangrijke factor waarin bedrog en valsheid zich *in hun meest uitgesproken* (‘zuivere’) vormen onderscheiden. Bij bedrog is die factor dominant aanwezig. Bedrog (in enge zin) voltrekt zich immers in een interactie. De valsheid (in enge zin) is per definitie gekoppeld aan een bepaalde (vervalste) entiteit. Ze is dan gematerialiseerd en is bestaanbaar los van bedrog. Haar belangrijkste kenmerk is dat zij haar relevantie heeft *buiten de directe communicatie om*. Hiermee is niet gezegd dat het aspect van communicatie bij valsheid geheel zonder betekenis is. Dit blijkt alleen al uit het genoemde *informatieve aspect* dat aan valsheid verbonden is. Dit informatieve en tevens communicatieve aspect leidt echter een sluimerend bestaan.

Het afstandelijke karakter van valsheid tegenover het interactieve van bedrog kan —op psycho-sociaal niveau— worden verduidelijkt aan de hand van het aspect van het *vertrouwen*. Het vertrouwen is strict genomen communicatief van karakter. De interactie waarin het aan de orde komt kan zowel een onmiddellijk karakter dragen als een middellijk. Valsheid (in enge zin) ziet op middellijke interacties. Mensen communiceren dan namelijk door middel van geformaliseerde entiteiten (formulieren, akten, geld enzovoort) waaraan door de wetgever vaak een zekere vertrouwenswaarde is toegekend.

De misinformatie die bij *bedrog* aan de orde is, wordt gehanteerd in een directe en onmiddellijke confrontatie met de vertrouwende persoon. Een valse gegevensdrager of een vals voorwerp heeft daarentegen nog niet noodzakelijk meteen in een interactie te worden ingeschakeld. De misinformatie leidt als het laatste daadwerkelijk niet gebeurt evenmin tot een vertrouwensschending. Het hanteren van de misinformatie in een interactie (bedrog) staat immers principieel los van het creëren ervan (valsheid). Het gebruik van het vervalste als echt en onvervalst is dan ook bedrog, al staat dit gerubriceerd onder de valsheidsdelicten.

Een beschouwing van de strafrechtelijke betekenis van het vertrouwen bij respectievelijk valsheid en bedrog leert dat de vraag naar de *gerechtvaardigheid* van het vertrouwen bij valsheid eenduidiger is dan bij bedrog. Bij valsheid is immers het

vertrouwen gebaseerd op de garanties die verbonden zijn met de aard van het vervalste. Bij bedrog hoeven dergelijke garanties niet te bestaan en is men sterker afhankelijk van concrete omstandigheden en daarmee van de aard van de interactie. De vertrouwende oriënteert zich op de gedragingen van de interactiepartner. Dat vertrouwen kan zowel *persoonlijk* als *functioneel* zijn. Bij de eerste vorm van vertrouwen oriënteert de vertrouwende zich op de mens als persoon, in de tweede variant op de mens als functionaris. Functionarissen treden op als exponent, representant van een systeem. Het vertrouwen richt zich dan ook primair op de functie en niet op de persoonlijke eigenschappen (van bijvoorbeeld oprechtheid) van de functionaris. Uiteraard komen mengvormen vaak voor. Zo kan tussen de persoon die vertrouwen stelt en de functionaris geleidelijk aan persoonlijk vertrouwen groeien. Voorbeelden zijn de huisarts, de plaatselijke kruidenier en de advocaat. Iemand die een juridisch advies vraagt aan een advocaat stelt doorgaans zowel functioneel (in de advocaat als juridisch deskundige) als persoonlijk vertrouwen (in de advocaat als mens). Functioneel vertrouwen hangt samen met het ordeningsprincipe in de samenleving en in het bijzonder met arbeidsverdeling. Naast het vertrouwen in de functie (als exponent van een systeem) kan nog worden onderscheiden het vertrouwen in een systeem als zodanig. Dit is nog abstracter dan functioneel vertrouwen en richt zich bijvoorbeeld op de vertrouwenswaarde van geld als ruilmiddel voor goederen en diensten.¹³

Voorts kan vertrouwen zowel gericht zijn op de capaciteiten van een persoon als op diens oprechtheid.¹⁴ Alleen dit laatste kenmerkt het bedrog. Om dit toe te lichten zullen we ons bezig moeten houden met het taalfacet van de communicatie.

3 Taalwetenschap: pragmatiek

Het linguïstische niveau van de communicatie bepaalt de aandacht bij het gebruik van de taal als stelsel van tekens. Hier zijn allerlei onderscheidingen te maken die met name van belang zijn voor bedrog. Zo is het effect dat met gebruik van tekens wordt bereikt mede afhankelijk van de intonatie van het gesprokene. Wat dat betreft laat telefonisch verstrekte informatie minder ruimte voor een verfijnde interpretatie en detectie op eventuele valsheid dan direct gecommuniceerde gegevens. Recente technische ontwikkelingen tonen meer en meer interactiepatronen waarbij de interactiepartners elkaar niet kunnen zien. Hier treedt een anonimisering op van interacties. Een voorbeeld is het geldverkeer via gelduitgifteautomaten.¹⁵

Bij de talige communicatie interesseert mij vooral het aspect dat door de pragmatiek wordt bestudeerd. Deze wetenschap maakt het mogelijk om het dominante communi-

13 Bovendien bestaat vertrouwen dat men stelt in het functioneren van voorwerpen. Mensen kunnen een blind vertrouwen hebben in het functioneren van hun auto. Deze vorm van vertrouwen is echter niet van communicatieve aard en valt daarom buiten het bestek van het voorliggende onderwerp.

14 Uiteraard kan hieronder begrepen zijn de oprechtheid aangaande de capaciteiten die iemand bezit.

15 Het is overigens goed denkbaar dat de anonimisering van interacties drempelverlagend werkt waar het gaat om de beslissing om iemand te misleiden.

catieve aspect bij bedrog (tegenover het meer afstandelijke karakter van valsheid) meer verfijnd te omschrijven dan met de informatietechnologische begrippen mogelijk is. De pragmatiek is een onderdeel van de leer van de tekens: de semiotiek.¹⁶ De semiotiek wordt onderverdeeld in de syntaxis¹⁷, de semantiek¹⁸ en de pragmatiek. Bij het laatste gaat het om de relaties tussen tekens en tekengebruikers. Het verwijst naar het functioneren van de taal in de sociale context en leidt naar het begrip 'taalhandeling'. Een taalhandeling is een handeling die wordt verricht door taalgebruik in een bepaalde sociale context.¹⁹ Het voordeel van het gebruiken van de taalhandeling bij de beschrijving van bedrog, is dat daardoor een karakteristiek aspect van bedrog helder voor het voetlicht verschijnt: de *wederkerigheid* van de communicatie.

De taalfilosoof J.L. Austin verkondigde aan het begin van de jaren zestig de opvatting dat wetenschappers de aandacht te veel concentreerden op uitspraken met waarheidswaarde (zogenaamde 'constatieven'), en daardoor hun aandacht te weinig richtten op het *handelingskarakter* van taaluitingen, door hem 'performatieven' genoemd.²⁰ De performatieve uiting heeft dus niet, zoals de constatieve uiting (of: bewering) de eigenschap waar of onwaar te zijn. Zij kan daarentegen, volgens Austin, noch het een noch het ander zijn. Zij heeft haar eigen functie, namelijk het uitvoeren van een handeling. Het (performatieve) werkwoord 'beloven' is hiervan een voorbeeld. Wanneer iemand zegt "Ik beloof het", dan voert hij *met het formuleren* van deze performatieve uiting de handeling 'beloven' uit.²¹

Er zijn verscheidene juristen die deze inzichten in hun verhandelingen hebben verwerkt. Het bekende proefschrift van Nieuwenhuis, met de titel 'Drie beginselen

16 De semiotiek is de algemene leer over de communicatie van tekens en berichten in de meest ruime zin van het woord. Zij is bedoeld als omvattende wetenschap voor alle wetenschappen die met symbolen en interpretatie te maken hebben (Van Dijk, *Taal en handelen*, p. 19). Het teken staat dus in de semiotiek centraal. Voorbeelden van tekens zijn: een wijzende vinger, een opgeheven hand en een opgeheven vuist. Of van kunstmatige aard: verkeerslichten en -tekens, een gele kaart. Deze tekens zijn alle non-verbaal. Daarnaast bestaat natuurlijk het verbale tekensysteem: de taal. Zowel verbale als non-verbale tekens kunnen juridisch relevant zijn. Men hoeft alleen maar te denken aan de omstandigheid dat de mens in staat is verbale tekens door niet-verbale te vervangen (Van den Bergh, *Recht en taal*, p. 8). Dit kan worden geïllustreerd aan de verkeersborden en -aanwijzingen of de agent die een stopteken geeft.

17 De syntaxis vertegenwoordigt het niveau van de relaties tussen de tekens, de *formele structuur* ervan. Vanuit de optiek van de taaluiting kan zij worden opgevat als de relatie tussen de taalelementen onderling binnen het geheel van de taalstructuur als systeem. Het gaat hierbij om aspecten als woordvolgorde, interpunctie etc. (Van den Bergh, *Recht en taal*, p. 10).

18 De semantiek betreft niet de formele structuur van de (taal-) tekens maar de 'inhoud', de *betekenis* ervan. Het gaat om de relatie van het taalteken als symbool en dat waarnaar het verwijst, kortom de relaties tussen tekens en de werkelijkheid.

19 Van Dijk, *Taal en handelen*, p. 10.

20 Austin, *Performatieven en constatieven*, in: *Studies over taalhandelingen*, p. 29-40; zie ook het 'Ten geleide' van deze bundel door Van Eemeren en De Koning, p. 11.

21 Austin, *Performatieven en constatieven*, in: *Studies over taalhandelingen*, p. 29.

van contractenrecht', is hiervan een voorbeeld.²² Nieuwenhuis schrijft: "Een overeenkomst sluiten is het verrichten van een *taalhandeling*, en wel een handeling die niet kan worden gereduceerd tot het beschrijven van wilsovereenstemming of het opwekken van vertrouwen. Met taal kan meer worden gedaan dan het *beschrijven* van de werkelijkheid. Met behulp van taal kunnen allerlei handelingen worden verricht: groeten, bevelen, en met name ook contracteren".²³

Vooraf bij de uitwerking die de taalfilosoof Grice aan de taalhandeling heeft gegeven, komt de eerder genoemde wederkerigheid tot uitdrukking. Grice gaat ervan uit dat een taaluiting alleen als een geldige taalhandeling kan worden aangemerkt als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden houden verband met algemene kenmerken van het spreken en gelden als spelregels voor een zinvolle interactie.²⁴ Het cruciale element in de opvatting van Grice is het gegeven dat gesprekspartners — en a fortiori niet-verbaal samenhandelende personen²⁵ — wederzijds veronderstellen dat er volgens het *samenwerkingsprincipe* wordt geopereerd.^{26/27} Dit principe is in de eerste plaats gebaseerd op het (empirische) gegeven dat interactiepartners zich bewust of onbewust aan bepaalde 'spelregels'²⁸ houden. Zo zullen mensen er zo veel mogelijk voor zorgen dat hun bijdrage aan de conversatie eerlijk is, niet te lang en niet te kort, relevant en zo duidelijk mogelijk. Dit doen ze omdat ze anders het risico lopen dat ze niet begrepen of niet geloofd worden, met als gevolg dat de conversatie mislukt. Deze spelregels voor de conversatie zijn echter alleen volledig van kracht als de interactiepartners elkaar niet kennen; dan is namelijk het gevaar voor misverstanden het grootst. Naarmate de participanten elkaar beter kennen, kunnen zij het zich eerder veroorloven de formele, algemeen geldige spelregels te negeren of eventueel te vervangen door informele, zelfontworpen regels. In hun conversatie kunnen zij zich dan meer 'speelse' (spelen met de spelregels) opmerkingen veroorloven zonder gevaar voor onderlinge misverstanden. Zij kunnen bijvoorbeeld cryptische opmerkingen maken, vage toespelingen doen, steken onder water geven enzovoort die

22 Ook Witteveen verwijst in zijn proefschrift in het licht van de retorische aspecten van taal naar de taalhandelingstheorieën (Witteveen, *De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, m.n. p. 91). Zie ook Bal, *Dwangcommunicatie in de rechtszaal en Loth, Handeling en aansprakelijkheid in het recht*.

23 Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 155.

24 Grice, *Logica en gesprek in: Studies over taalhandelingen*, p. 240 e.v. Zie ook Van Dijk, *Taal en handelen*, p. 10.

25 De bijdrage aan het tweegesprek wordt in dat geval vertaald door die aan een niet-verbale interactie, bijvoorbeeld het door twee personen gezamenlijk repareren van een auto. Ook in die interactie geldt het samenwerkingsprincipe en de daaraan gekoppelde wederkerige verwachtingen (Grice, *Logica en gesprek, in: Studies over taalhandelingen*, p. 242).

26 Aldus ook: Wunderlich, *De conventionaliteit van taalhandelingen, in: Studies over taalhandelingen*, p. 114.

27 In geval van bijvoorbeeld dronkenschap is echter geen reden van het veronderstelde samenwerkingsprincipe uit te gaan (Van Eemeren en Koning, *Ten geleide, in: Studies over taalhandelingen*, p. 24).

28 Grice noemt deze 'stelregels' of 'maximes' (*Logica en gesprek, in: Studies over taalhandelingen*, p. 240).

voor een buitenstaander niet te begrijpen zijn. Het samenwerkingsprincipe behoeft dus niet te worden doorbroken door afwijkingen van de algemene spelregels. Sterker nog: het feit dat met afwijking van de formele spelregels een geslaagde taalhandeling kan worden verricht *demonstreert* juist de fundamentele betekenis van het samenwerkingsprincipe.²⁹

Het zou te beperkt zijn om bovengenoemd principe alleen relevant te achten met het oog op een zo effectief mogelijke uitwisseling van informatie. Het is eveneens van toepassing op algemene doelen als het beïnvloeden of sturen van de gedragingen van anderen.³⁰ En daarmee is bij uitstek de bruikbaarheid van de taalhandelingstheorie gegeven voor de benadering van bedrog.

Bedrog kenmerkt zich namelijk door een misbruik van het genoemde samenwerkingsprincipe. Dit gaat er immers van uit dat de deelnemers aan de dialoog zich wederkerig coöperatief opstellen. De bedrieger mikt erop dat de luisteraar de schending van een van de spelregels niet onderkent. Hij speelt in op de omstandigheid dat de ander zich aan het samenwerkingsprincipe houdt. De bedrieger (A) wendt het samenwerkingsprincipe aan, hij misbruikt het, voor zijn eigen doelen. De ander (B) veronderstelt namelijk dat ook A zich aan dat principe houdt. Aansluitend bij de eerder opgestelde definities, kan gesteld worden dat A door misinformatie bewerkt dat een geslaagde³¹, maar tevens *geperverteerde* taalhandeling tot stand komt.³²

Deze inzichten stellen ons in staat een meer verfijnde analyse te presenteren van de eerder (IV.2.2.3.) als klassieke en (meer) moderne varianten van oplichting aangeduide categorieën.

Allereerst een klassiek geval.³³ Stel A komt bij B aan de deur met de mededeling dat hij kunstenaar is en dat hij om de dure schildersmaterialen te kunnen aanschaffen eigen werk verkoopt. B koopt een doek dat hij mooi en bovendien niet eens zo duur vindt. Later ziet hij met verbijstering in de consumentenrubriek 'Ook dat nog' het perfecte evenbeeld van het schilderij dat inmiddels aan zijn wand prijkt. Hij verneemt vervolgens dat het door hem gekochte schilderij niet door de betreffende kunstenaar is vervaardigd, maar te zamen met een aantal identieke exemplaren in Hong Kong

29 Grice, Logica en gesprek, in: Studies over taalhandelingen, p. 239.

30 Grice, Logica en gesprek, in: Studies over taalhandelingen, p. 242.

31 Het succes van het bedrog is afhankelijk van het slagen van de taalhandeling. Juist om effect te sorteren moet de spreker voldoen aan zekere samenwerkingsvoorwaarden, zoals consistent handelen. De bedrieger zal welbewust onjuiste vooronderstellingen als de juiste presenteren of in ieder geval als zodanig aan de gesprekspartner suggereren. Hij moet bijvoorbeeld redenen aanvoeren waarom zijn bewering geloofwaardig kan zijn, wil zijn bedrog succesvol zijn. De luisteraar moet niet de werkelijke bedoeling van de spreker kunnen reconstrueren, maar alleen de voorgewende. Het bedrog is dan ook geslaagd als de voorgewende intentie is herkend en de andere niet (Wunderlich, De conventionaliteit van taalhandelingen, in: Studies over taalhandelingen, p. 122-124). De termen 'bedoeling' en 'intentie' zijn hier overigens niet strafrechtelijk gebruikt.

32 Zie ook: Wunderlich, De conventionaliteit van taalhandelingen, in: Studies over taalhandelingen, p. 142-144.

33 Dit zijn bij uitstek de gevallen die zo boeiend zijn beschreven door Zeegers in De oplichter, bijvoorbeeld op p. 59-66.

is aangeschaft. In dit voorbeeld is het bedrog geslaagd doordat B de inadequatie in de informatie van A niet herkende. Ook al is de taalhandeling geperverteerd, zij is tevens een geslaagde taalhandeling. A moest immers juist aan zekere samenwerkingsvoorwaarden voldoen (hij moest een consistent verhaal presenteren) om aanvaarding van de inhoud van zijn taalhandeling door de luisteraar (B) te bewerkstelligen.³⁴

Nu over de modernere varianten van oplichting. De communicatieve situatie bij deze varianten kenmerkt zich in het bijzonder doordat het gebruik van taal daarbij is ingebed in welbepaalde arbeids- en ruilprocessen. Het gaat hier om afzonderlijke structuren met eigen spelregels, zoals men die bijvoorbeeld tegenkomt in het verkeer, op het voetbalveld, op de effectenbeurs, of in de supermarkt. Deze spelregels (die als normen kunnen worden opgevat) vormen het (wijdere) socio-culturele kader en verlenen betekenis aan de opstelling van de functionarissen en aan hun gedragingen. In dergelijke structuren is het mogelijk om met een minimum aan gegevens veel informatie te verschaffen. Omgekeerd geldt voor de ontvanger dat veel gegevens die hij ontvangt op zich genomen onvolledig kunnen zijn, terwijl ze toch voor hem al voldoende zijn om een bepaald feitencomplex aan te nemen. De enkele mededeling 'retourtje Amsterdam met korting' is voor de lokettist op het station voldoende om mijn wens te herkennen. Uit de toevoeging 'met korting' leidt hij af dat ik in het bezit ben van een kortingskaart (en dat ik niet uit ben op een incidenteel voordeeltje). Wie, om een ander voorbeeld te geven, in een supermarkt van een schap met conservenblikken een 'blik doperwtjen' pakt, vertrouwt erop dat het etiket hem juist informeert. Verdere controle ter plekke is niet mogelijk, maar de ervaring leert dat de kans op vergissingen te verwaarlozen is. Zet hij vervolgens dit blik op de lopende band bij de kassa (context) en overhandigt hij stilzwijgend een biljet van vijftientig gulden, dan rekent hij erop dat hij wisselgeld terug krijgt (en niet dat dit als een gift aan de cassière wordt opgevat). Er bestaan dus standen van zaken (de inhoud van het blik) en gangen van zaken (procedures bij het afrekenen —hier wordt wel gesproken van 'handelingssequenties'³⁵) die in een bepaalde context zo vanzelf spreken dat een beperkt aantal gegevens voldoende is om aan te nemen dat alles zal zijn of zal gaan volgens verwachting op grond van die gegevens-in-hun-context. In het recht hangen deze fenomenen samen met het vertrouwensbeginsel. Zo kunnen ook de feiten in het eerder besproken geval van de motelgast (HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801)³⁶ worden beschreven: Reeds door het zich inschrijven als gast in een motel, geeft de betrokkene te kennen dat hij van plan is de (taal)handelingssequentie die bij het logeren hoort tot het einde toe vol te houden en dus ook te betalen. De eenduidigheid van de handeling wordt in dit soort gevallen verzekerd door de functioneel-institutionele (sociaal-culturele) context van de uiting, de normatieve structuur waarin de handeling zich

34 Vergelijk Wunderlich, De conventionaliteit van taalhandelingen, in: *Studies over taalhandelingen*, p. 124.

35 Wunderlich, De conventionaliteit van taalhandelingen, in: *Studies over taalhandelingen*, p. 123 e.v.

36 Zie IV.2.2.2., onder B.

voltrekt. Het onaangekondigd afbreken van de bedoelde taalhandelingssequentie (door bijvoorbeeld niet te betalen) maakt de initiële taalhandeling pervers.³⁷

Een andere —modernere— variant van bedrog, die in de rechtspraak doorgaans als oplichting wordt aangemerkt, is het misbruik maken van de 'contractsformule'. Het sluiten van een overeenkomst is een institutioneel gebonden taalhandeling. Tot dezelfde categorie behoren taalhandelingen als benoemen, huwen, dopen en veroordelen. Een belangrijk kenmerk van de meeste van dergelijke taalhandelingen is dat voor de geldigheid ervan individuele oprechtheid niet is vereist. Een voorbeeld: Voor de geldigheid van een veroordeling doen de werkelijke intenties van de rechter niet terzake. Toegespitst op overeenkomsten geldt dat iemand die een contract sluit voor het huren van een auto, terwijl hij in werkelijkheid van plan is die auto niet meer terug te brengen, niettemin een geldig contract sluit.³⁸ Het geval kan zich aldus voordoen dat een bedrieger de contractsformule als dekmantel gebruikt om een zaak (in dit geval een auto) in zijn bezit te krijgen. Hij hanteert zodoende een vaststaand neutraal middel (de performatieve formule) als een soort instrument. De oprechtheid is, zoals gezegd, immers voor de geldigheid van deze taalhandeling geen voorwaarde. De perversiteit is niet gelegen in de taalhandeling van het sluiten van de overeenkomst als zodanig, maar in het oneigenlijk gebruik maken van de contractsformule. Het bedrog bestaat hierin dat de bedrieger doet alsof hij een intentie heeft die hij in werkelijkheid niet heeft, doordat hij verplichtingen op zich neemt die hij niet van plan is na te komen. Hiermee is tevens het onderscheid aangegeven tussen het bedrog dat de wetgever in 1926 (en vermoedelijk ook in 1881) als oplichting zag en het bedrog dat hij uitdrukkelijk niet als zodanig aanmerkte. Vooral de woorden van Donner maken duidelijk dat het misbruiken van de contractsformule in beginsel niet als oplichting werd gezien. Nogmaals Donner: "Het bedrieglijke is hier gelegen in de wilsverklaring zelve, d.w.z. in het geven van een verklaring, welke de koper niet voornemens is gestand te doen. Doch dit soort bedrog doet als zoodanig aan de rechtsgeldigheid van het gesloten koopcontract niet af. Ziehier het eerste verschilpunt met het bedrog bij oplichting".³⁹

Het gegeven dat bedrog kan worden opgevat als misbruik van het genoemde samenwerkingsprincipe, bevestigt de opvatting in de rechtspraak dat bedrog niet noodzakelijk hoeft te bestaan uit het in het leven roepen van omstandigheden (klassieke variant), maar dat tevens de loutere aanpassing aan omstandigheden bedrog kan opleveren (moderne variant), mits —op z'n minst— van een schending van genoemd principe sprake is (IV.2.2.2., onder B). Het bevestigt eveneens dat ook door ware mededelingen (die strekken om onware mededelingen een schijn van waarheid te geven), en zelfs door zwijgen (waar spreken plicht is) bedrog kan worden gepleegd (IV.2.2.2., onder D). De bovenstaande inzichten leggen bovendien het gegeven bloot dat de communicatie bij beide interactiepartners een bepaalde inspanning veronderstelt om wederzijds tot

37 Voor alle duidelijkheid merk ik op dat deze feiten-weergave los staat van mijn beoordeling van de situatie vanuit strafrechtelijke optiek (immers, niet alle bedrog is tevens strafrechtelijk bedrog).

38 Vergelijk HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470, onder meer aangehaald in IV.2.2.2., onder B.

39 Zie nader III.5.

een adequate verstandhouding te komen. Het samenwerkingsprincipe veronderstelt dat beide interactiepartners een zekere *waakzaamheid* betrachten om misverstanden te voorkomen. Deze algemene voorwaarden voor de talige communicatie vormen het uiteindelijke fundament waarop de —later meer uitvoerig te bespreken— strafrechtelijk relevante waakzaamheidsplichten zijn opgetrokken.

4 Literatuurwetenschap

4.1 'Tekst'

Hier aangekomen wil ik het begrip 'tekst'⁴⁰ invoeren als omschrijving van een min of meer afgebakende verzameling gegevens die kunnen bestaan los van hun ontvangst en interpretatie.⁴¹ Wie een 'tekst' produceert, zendt gegevens uit naar onbekenden. Hij weet zelfs niet of die gegevens wel worden opgevangen (bijvoorbeeld een alarmsignaal). Nauw verwant hieraan is het begrip 'boodschap', maar dit is voor het doel van deze studie minder bruikbaar. Want 'boodschap' benadrukt vooral de overdracht van gegevens en brengt onvoldoende tot uitdrukking dat er gegevens kunnen worden 'uitgezonden' of geproduceerd met de eigenschap dat ze als zodanig al in staat zijn een eigen leven te leiden los van hun 'ontvangst', hun 'consumptie' of interpretatie.⁴² Dáárvoor is het begrip 'tekst' goed bruikbaar. Wie een tekst (artikel, boek, gedicht etc.) publiceert, geeft daarmee zijn controle op de interpretatie door een ander prijs.⁴³ Dit maakt de producent in bepaalde opzichten kwetsbaar, want wat de ander met zijn tekst doet, moet hij maar afwachten. Anderzijds kan hij zich volledig onttrekken aan de verantwoording met betrekking tot het gebruik van zijn tekst, waardoor de kwetsbaarheid bestaat aan de kant van de ontvanger van de tekst. Hierdoor wordt het begrip tekst geschikt voor een ruimer gebruik dan de omgangstaal toelaat: alle geproduceerde gegevens die los kunnen bestaan van hun ontvangst en interpretatie. Hieronder vallen ook bijvoorbeeld een schilderij, een signaal, een (veelzeggend) zwijgen, een gebaar, een gedraging, een opstelling, een houding —kortom alles waarmee men iets 'zegt', elk interpretabel gegeven dat los van een concrete interpretatie kan voortbestaan.

40 Zie voor het gebruik van de tekst als model ook Witteveen, *De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, p. 157.

41 Zie Geertz, *Interpretation of cultures*, p. 448-453; Witteveen, *De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, hoofdstuk VI.

42 Vereenvoudigd weergegeven veronderstelt de term 'boodschap' een lineair communicatieproces dat verloopt van een zender, die door middel van tekens zijn boodschap overdraagt, naar een ontvanger die deze —in het licht van de context en op basis van de eigen dispositie— interpreteert. De nadruk ligt hierbij vooral op de relatie tussen de tekengever en de tekenontvanger in een specifieke interactieve context: de gever zendt een bepaald teken uit en de ontvanger neemt dat waar. De zender wil een bepaald gevolg bij de ontvanger bewerkstelligen. Hij wil hem bijvoorbeeld iets mededelen of hem van iets overtuigen.

43 Witteveen, *De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, p. 150.

In het voorgaande werd de tekst terwille van de duidelijkheid soms losgemaakt van de 'ontvangst' en de interpretatie. In de omschrijving van dit begrip werd echter al vermeld dat die losmaking *mogelijk* is, met andere woorden dat een tekst kan bestaan zonder 'eigen leven', maar ook *mèt*. In de werkelijkheid zijn hier —zoals zo vaak— vloeiende overgangen. Enerzijds kan een tekst volledig verweven zijn met de producerende gedragingen van degene die de tekst 'uitzendt' en kan de producent direct worden aangesproken op het betrouwbaarheidsgehalte van zijn tekst. Anderzijds kan die verwevenheid ontbreken en kan de anonieme producent buiten bereik van de ontvangers zich veilig wanen.

Het tekstbegrip maakt het mogelijk te wijzen op overeenkomsten en verschillen tussen bedrog en valsheid. Bij beide gaat het immers om een misleidende tekst. In gevallen waarin een misleidende tekst leidt tot een (gevaar voor⁴⁴) verstoring in de communicatie, bepaalt de status van die tekst de ernst van (dat gevaar voor) die verstoring. Het dominante aspect van *bedrog* (in enge zin) bestaat uit het *vluchtige* karakter van de gecommuniceerde tekst. Deze kan na productie worden teruggetrokken (of beter: gecorrigeerd). De productie van de tekst valt hier temporeel gezien in principe samen met de interpretatie ervan.⁴⁵ Dit impliceert dat de producent van de misleidende tekst voortdurend aan ontmaskering blootstaat. Zijn partner c.q. opponent in de interactie kan zich gedurende het verloop van de interactie vergewissen van de authenticiteit van de gecommuniceerde tekst. Dit benadrukt het eerder aangeduide wederkerigheidsaspect van de communicatie bij bedrog.

Bij *valsheid* ligt dat anders. Bij valsheid in enge zin is de gecommuniceerde tekst namelijk gematerialiseerd. Dit betekent dat de productie van de tekst gevolgd wordt door het loslaten van de tekst; de producent geeft de tekst 'vrij', verliest de controle erover. De tekst gaat een eigen leven leiden en komt bloot te staan aan interpretatie door derden.⁴⁶ De context van interpretatie wordt gescheiden van de context van productie.⁴⁷ De producent onttrekt zich met de tekst aan de communicatie waarin deze tekst zou kunnen functioneren. Hij staat dan ook niet, zoals de bedrieger, gedurende een proces van samenhandelen aan ontmaskering bloot.

44 Aangezien bij de valsheid in enge zin het communicatieve aspect een latent bestaan heeft (par. 2.3.), kan een *gevaar* voor de bewuste verstoring, afhankelijk van de status van de tekst, al voldoende zijn om van valsheid te spreken.

45 Voor alle duidelijkheid: We hebben hier te maken met het model van de directe persoonlijke communicatie. Bij schriftelijke communicatie bestaat er temporeel een ruimte tussen productie en interpretatie.

46 Dit verklaart de strafbaarstelling van valsheid in onder meer de titels X, XI en XII van het tweede boek als zelfstandige bron van gevaarzetting.

47 Witteveen, *De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, p. 150 en 154.

4.2 Relevantie voor waakzaamheid

Bovendien laat de aard van de tekst bij *valsheid* toe dat met vrij grote eenduidigheid de juridische status wordt bepaald. De betrouwbaarheidswaarde van de tekst is namelijk door de wetgever met zoveel woorden *vastgesteld*.⁴⁸ De strafbaarstellingen van munt-, zegel-, merk- en geschriftvervalsing tonen dit aan. De waakzaamheid die de burgers ten opzichte van die teksten in acht moeten nemen heeft een *onpersoonlijk* karakter: een vals geschrift is tegenover een ieder vals, omdat het betrouwbaarheidsgehalte van de tekst bij materiële en gematerialiseerde intellectuele valsheid is losgemaakt van de gedraging die de valsheid produceert. Zoals eerder gesteld, is valsheid een kenmerk van bepaalde gegevens.

Bij *bedrog* daarentegen kan de tekst, zoals gezegd, volledig verweven zijn met de producerende gedragingen. Het eventueel gevaarzettende karakter van de —vluchtige— tekst bewijst zich pas in de interactie. Aangezien de houding van de interactiepartner voor dat karakter medebepalend is, is de problematiek van de waakzaamheid tegen misleiding bij bedrog veel prominenter aanwezig dan bij valsheid. De oplichtingsmiddelen bieden dan ook aanzienlijk meer ruimte voor interpretatie dan de genoemde zelfstandig strafbaar gestelde valsheden. Weliswaar is ook bij bedrog de waakzaamheid vaak onpersoonlijk, maar dit heeft te maken met een functionalisering van interacties, waardoor niet meer wordt gekeken naar de waakzaamheid van ieder persoon op zich, maar naar de drempel tegen misleiding die door een instelling wordt opgeworpen en die door een functionaris in praktijk wordt gebracht. Een bepaalde mate van *subjectivering* bij bedrog zal echter onvermijdelijk zijn waar de bedrogene ‘intrinsiek’ onvoldoende is toegerust door zwakbegaafdheid of andere gebreken in de sociale redzaamheid. Een hogere mate van subjectivering is nodig naarmate de samenleving een grotere spreiding te zien geeft waar het de weerbaarheid tegen bedrog betreft. Kennis en daaruit voortvloeiende deskundigheid zijn immers niet evenredig over de samenleving verdeeld (zie VI.3.).

5 Enige conclusies

Op grond van het voorgaande kunnen enige conclusies worden getrokken. Allereerst kan worden vastgesteld dat bedrog valsheid veronderstelt. Dit heeft op zijn minst twee belangrijke consequenties. In de eerste plaats volgt eruit dat bedrog niet zonder valsheid kan voorkomen, terwijl in de tweede plaats valsheid wel zonder bedrog bestaanbaar is.

Vervolgens is naar voren gekomen dat materiële en gematerialiseerde intellectuele valsheid zich vrij exact in de wet laten formuleren. De valsheid die in het strafrechtelijke bedrog is verondersteld heeft daarentegen doorgaans een immaterieel karakter

48 In art. 225 bijvoorbeeld gaat het om ‘een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen’.

en krijgt in de interactieve context pas betekenis. Daarom is die valsheid opener geformuleerd dan de zelfstandig strafbaar gestelde valsheid.

Tenslotte is gebleken dat de wederkerigheid van de communicatie een belangrijk kenmerk is van bedrog. Hieruit volgt dat de 'kwaliteit' van het bedrog niet alleen wordt bepaald door de gedragingen van de bedrieger, maar tevens door de opstelling van de bedrogene. Het unieke van oplichting is dat de bedrogene altijd in beeld is.

Sociaal-economische verschuivingen en hun gevolgen voor bedrog

1 Inleiding

Dit hoofdstuk zal gaan over veranderingen die zich hebben voltrokken in de sociaal-economische verhoudingen in de samenleving en hun gevolgen voor bedrog. De aandacht zal zich toespitsen op bedrog, wat niet wegneemt dat die verschuivingen tevens hun invloed hebben op valsheid.

De praktijk toont aan dat personen door een vrijwel oneindige variatie van gedragingen kunnen worden bedrogen. De mate van succes van bedrieglijke gedragingen is de resultante van het 'samenspel' van bedrieger en bedrogene. De kans dat een bedrieger zijn prooi verschalkt is immers niet alleen van zijn eigen geslepenheid afhankelijk, maar ook van de oplettendheid van de ander. De strafwetgever ging uit van de gedachte dat men in het gewone handelsverkeer zoveel mogelijk bewegingsruimte moest hebben en dat er daarom een zekere mate van waakzaamheid van de burgers mocht worden verwacht, teneinde te voorkomen dat zij slachtoffers werden van bedriegers. Hij heeft dan ook, binnen de grenzen die de nulla-poena-norm hem stelde, de delictsbestanddelen van oplichting dermate 'open' geformuleerd dat ruimte werd geschapen voor de invloed van de waakzaamheid van het potentiële slachtoffer (als categorie) op de aansprakelijkheid van de dader. Aldus kwam het eerder genoemde uitgangspunt uit de bus dat voor oplichting sprake moest zijn van de "overredende kracht der gebezigde middelen, geschikt om de bij zijn handelingen in het maatschappelijke verkeer nadenkenden mensch te verschalken".¹ Betoogd zal worden dat de werkelijkheidsvoorstelling die aan dit uitgangspunt ten grondslag heeft gelegen, in de huidige samenleving niet meer onverkort gelding heeft. Dit hangt samen met een ingrijpende verandering van de maatschappelijke structuren met de daaraan vastgekoppelde nieuwe gelegenheden voor bedrog. Die veranderingen in de samenleving en de implicaties ervan voor oplichting, zullen hieronder in het kort aan de orde worden gesteld. Met behulp van de 'juridische achtergrondbeschouwing' die hieraan wordt vastgeknoopt en de bevindingen uit de vorige hoofdstukken zal een eigen beschouwing worden ontwikkeld over de voorliggende problematiek.

1 Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, deel II, p. 514.

2 Veranderende interactiepatronen

In de kern zijn de genoemde veranderingen terug te voeren op ontwikkelingen rond het vertrouwen in de samenleving.

Een eenvoudige samenleving kenmerkt zich door een gering aantal als zodanig te bestempelen rechtsbetrekkingen, waardoor het vertrouwen tussen de mensen voornamelijk persoonlijk van aard is. Uiteenlopende functies die aanvankelijk door één persoon werden vervuld, zijn in de loop van de tijd meer en meer uitbesteed aan diverse personen die zich toediepen op de uitoefening van één specifieke taak (arbeidsdifferentiatie). Hierdoor kon het peil van de voorzieningen worden verhoogd. Daar stond het nadeel tegenover dat mensen onderling afhankelijker werden, waardoor het systeem waar zij deel van uitmaakten kwetsbaarder werd. Een enkele gedraging kan een verstoring teweegbrengen van het gehele systeem.

Aangezien bedrog vooral misbruik maakt van een ingewikkelde uitwisseling van goederen en diensten, hebben de beschreven ontwikkelingen daarop een belangrijke weerslag gehad. Deze tekenen zich vooral af in de aard van het vertrouwen. De genoemde storingsgevoeligheid voltrekt zich immers voor een belangrijk deel via het vertrouwen. Bij het stellen van vertrouwen kan een verschuiving worden waargenomen van de oriëntatie op persoonlijke naar functionele eigenschappen. Het aldus ontstane functionele vertrouwen wordt gesteld in structuren die door geen van de deelnemers volledig kunnen worden beheerst. De rechtsgenoten zullen op die toegenomen ondoorzichtigheid vaak reageren met een reductie van de complexiteit tot een voor hun bewerkbaar niveau.² Zo reduceert enerzijds de burger die in betrekking treedt met bijvoorbeeld een overheidsdienst de complexiteit onder meer door personificatie: een bepaalde ambtenaar 'staat' voor de dienst waarin hij werkzaam is. Anderzijds reduceert de bewuste dienst evengoed de werkelijkheid door de controle te marginaliseren tot een aantal punten of tot een steekproef. Het individu maakt bij zijn oriëntatie op de werkelijkheid dus niet alleen gebruik van de kennis waarover hij beschikt, maar wordt eveneens geleid door het ontbreken van kennis.³ Waar de beschikbare kennis niet toereikend is om bepaalde gebeurtenissen te beheersen, is het individu aangewezen op *vertrouwen* in personen, functionarissen of systemen. Door vertrouwen wordt het de mens mogelijk gemaakt te beslissen of te handelen ondanks het feit dat bepaalde belangrijke zaken hem onbekend blijven.⁴ Zo is het, zoals gezegd, in de sfeer van de uitwisseling van goederen en diensten zowel voor de aanbieder als voor de ontvanger doorgaans ondoenlijk om minutieus te controleren teneinde teleurstelling te voorkomen. Hetzelfde geldt voor de in het kader van de verzorgingsstaat toegenomen financiële interacties tussen de overheid en de burgers.⁵ In een justitiële verken-

2 Luhmann, *Vertrauen*, p. 6.

3 Zie ook V.2.2.

4 Luhmann, *Vertrauen*, p. 7 en 23 e.v.; Kruithof, *Onwetendheid en sociaal gedrag*, p. 102.

5 Bovendien manifesteert het gedwongen afzien van inzicht zich in het dagelijks leven, waar het gaat om het gebruik maken van tal van apparaten waarvan de consument de werking niet begrijpt. Om een dergelijk apparaat effectief te gebruiken, moet de consument zich nauwgezet oriënteren op de

ning wijst Homburg⁶ er op dat de verhoudingen in het economische verkeer steeds minder persoonlijk en communicatief zijn geworden. Onmiddellijke interacties zijn met andere woorden meer en meer vervangen door middellijke, dat wil zeggen de communicatieve gegevens worden steeds meer uitgewisseld door middel van gegevensdragers als documenten en dergelijke. Het toegenomen aandeel van cheques en credit cards waar voorheen met geld werd betaald is hiervan een voorbeeld. De middellijke informatieuitwisseling speelt bij deze financiële media een toonaangevende rol. Homburg signaleert voorts de steeds verdergaande internationalisering van de economie en de Europese integratie. Deze leiden onder meer tot omvangrijke goederentransporten met een ingewikkelde en gedifferentieerde tariefstructuur. Aangezien fysieke afhandeling van formaliteiten de logistieke activiteiten ernstig zou belemmeren, wordt hierbij vaak gebruik gemaakt van controle en afhandeling door middellijke informatieuitwisseling.⁷ Een ander voorbeeld dat door dezelfde schrijver wordt genoemd is de afvalproblematiek. Deze leidt eveneens tot omvangrijke goederenstromen, waarbij grote financiële belangen in het geding zijn en waarbij fysieke controle voor een belangrijk deel wordt vervangen door informatie-uitwisseling door middel van documenten. Aldus kan een milieudelict als het illegaal storten al snel het karakter van valsheid of bedrog krijgen (illegale stort, gedekt door valse papieren).⁸

Door de afname in het economische verkeer van persoonlijke (en onmiddellijke) communicatie verschuift de nadruk naar valsheid. In dit licht moeten ook het voorstel in wetsontwerp 21 186 (grotendeels geïnspireerd door het ideeëngoed van Bakker⁹) worden gezien om een strafbepaling te ontwerpen voor oplichting door middel van een vals geschrift.¹⁰

De marginaal beveiligde structuren, zoals die te vinden zijn in —om maar enige voorbeelden te noemen— de autverhuurbranche, de hotelwereld, de bancaire sector en de detailhandel, hebben, zoals gezegd, een nieuwe categorie van benadeelden opgeleverd. Aan het aspect van de waakzaamheid is hiermee tevens een nieuwe dimensie toegevoegd. In het navolgende zal deze dimensie nader worden belicht.

Voorts hebben de veranderde krachtsverhoudingen als gevolg van de specialisatie hun weerslag, hetzij doordat de oplichter, aannemende dat die de specialist is, aanmerkelijk beter is toegerust dan zijn slachtoffer, hetzij doordat dit aan de kant van de bedrogene het geval is. In de volgende paragrafen worden deze fricties nader uitgewerkt.

gebruiksaanwijzing die de fabrikant (de specialist) erbij levert. Dit gedwongen kritiekloos afgaan op het oordeel van specialisten heeft overigens de deur geopend voor een nieuwe branche: de reclame. Zie hierover Lorentz, *Onze laatste kans*, p. 130 e.v.

6 Homburg, *Bestrijding en preventie van fraude*, p. 8-24.

7 In dit verband kan gedacht worden aan de problematiek van de EG-fraude (zie bijvoorbeeld Van der Hulst (red), *EC fraud*).

8 Homburg, *Bestrijding en preventie van fraude*, p. 21.

9 Bakker, *Valsheid in geschrift*.

10 Meer over dit wetsontwerp (inmiddels is de 'eerste fase' van het ontwerp wet geworden) in het achtste hoofdstuk.

3 Bewapening tegen bedrog

3.1 Bijzondere kwaliteit van de bedrieger

Representanten van ondoorzichtige structuren, die met het oog op hun verantwoordelijke positie kunnen worden beschouwd als 'kwaliteitsdragers', kunnen misbruik maken van hun machtspositie door de presentatie van 'suggestieve teksten'.¹¹ Een leek die zijn personal computer heeft laten repareren moet er tegen wil en dank vanuit gaan dat de prijs die de deskundige berekent in overeenstemming is met de voor de reparatie gebruikte materialen en het aantal bestede arbeidsuren. Is de reparateur tevens detaillist dan bestaat zelfs de kans dat hij de toestand van de computer een weinig devalueert in de hoop dat de klant het 'versleten apparaat' bij hem zal inruilen voor een nieuwe 'geavanceerde machine', "die natuurlijk wel een paar centjes kost". In het Nederlands Juristenblad uit 1960 valt met het oog op deze toegenomen afhankelijkheid reeds een pleidooi voor herziening van de regeling van het strafrechtelijk bedrog te lezen van de hand van Winkel.

"In de huidige wereld, waarin de gemiddelde burger steeds onwetender wordt t.a.v. de voortschrijdende ontwikkeling op bijna alle terreinen van het dagelijks leven en steeds afhankelijker van adviezen der producenten en leveranciers van zijn dagelijkse levensbehoeften of van zijn geneesmiddelen (*spécialités*) en van de deskundigheid van zijn ambachtslieden, is de mogelijkheid van bedrog voortdurend groter geworden. Talrijk zijn de gevallen, waarin de gemiddelde huisvader, die geen verstand heeft van schilderen of timmeren, of waarin de gemiddelde huismoeder, wie het aan voldoende warenkennis ontbreekt, bloot staan aan allerlei bedrieglijke handelingen."¹²

Winkel associeert deze problematiek, die niet los kan worden gezien van het met de industriële massaproductie opkomende consumentisme, met het fenomeen 'reclame' dat door producenten als instrument in de strijd wordt geworpen om burgers door onbewuste manipulatie in de netten van hun verkoop-politiek te vangen. Hij stelt dat het moderne bedrog vaak met een zodanige machtsontplooiing gepaard gaat dat het particuliere slachtoffer zich daartegen niet teweer kan stellen.¹³

Als symptoom van het groter wordende verzet tegen bedrog wijst Winkel op de werkzaamheden van de Consumentenbond, waarvan de doelstellingen zijn: a. inlichtingen te verschaffen over kwaliteit en prijzen; b. het kostenbesef te bevorderen; c. op te komen voor consumentenbelangen in het algemeen.¹⁴ Afhankelijk van de bril die men opzet, kan dit fenomeen wijzen op verschillende realiteiten. Enerzijds kan men het zien als een indicatie voor een als verontrustend ervaren terreinwinst van bedrog

11 Zie V.4.1.

12 Winkel, Een pleidooi tot herziening van de regeling van het strafrechtelijk bedrog, NJB 1960, p. 939.

13 Winkel, Een pleidooi tot herziening van de regeling van het strafrechtelijk bedrog, NJB 1960, p. 941.

14 Een pleidooi tot herziening van de regeling van het strafrechtelijk bedrog, NJB 1960, p. 939.

en daarmee tevens een aanwijzing voor de noodzaak van de bestrijding ervan door strafbaarstelling.¹⁵ Anderzijds kan het verschijnsel van bewustwording van de consument worden beschouwd als een symptoom dat de burger geleidelijk aan een tegenwicht aan het vormen is om uit zijn afhankelijke positie te ontsnappen. Vanuit die optiek vormt de ontwikkeling als zodanig geen indicatie voor de noodzaak van een verscherpte strafbaarstelling van bedrog.¹⁶ Veeleer geeft het aan dat in de eerste plaats zou moeten worden gekeken naar de mogelijkheden die de consumenten van goederen en diensten hebben om zich tegen oplichting teweer te stellen.

3.2 Bijzondere kwaliteit van de bedrogene

Tegenover de situaties waarin een deskundige iemand misleidt die van zijn diensten afhankelijk is, staan die gevallen waarin de particulier een exponent van een institutioneel marginaal beveiligde structuur verschalkt. Dergelijke structuren komen steeds vaker voor. Voorbeelden zijn het op krediet zenden van goederen door postorderbedrijven, het geautomatiseerde geldverkeer en verhuur van hotelkamers. In die gevallen is de *bedrogene* drager van een bijzondere kwaliteit. Zoals uitgebreid werd besproken, is de kwetsbaarheid ten aanzien van misleiding bij deze categorie van oplichting van een volstrekt andere aard. Om de aard van de interactie met het oog op de bepaling van oplichting vast te stellen, moet de achtergrond van het afzien van waakzaamheid worden onderzocht. Pas dan kan een adequaat antwoord worden geformuleerd op de vraag in hoeverre het strafrecht zich met deze kwetsbaarheid ten aanzien van misleiding moet inlaten.

In veel gevallen staat het handelen op grond van 'blind vertrouwen' in verband met de economische voordelen die dit oplevert. Aan verificatie van informatie zijn immers kosten verbonden. Die kosten kunnen van velerlei aard zijn. De verificatie kan eenvoudigweg geld kosten door de middelen die ervoor zijn vereist. Anderzijds kan de controle inbreuk maken op de privacy van personen, of de marktpositie schaden. Maar ook kunnen economische en logistieke processen worden bemoeilijkt.

Ook dit soort situaties kan vanuit verschillende gezichtspunten worden beschouwd. Enerzijds kan men uitgaan van de structuren zoals die feitelijk zijn gegroeid en daarbij veronderstellen dat deze op consensus, althans acceptatie berusten. Anderzijds kan men de opvatting verdedigen dat niet iedere status quo noodzakelijk een consensus veronderstelt en dat niet alles wat gebruikelijk is enkel op die grond rechtens aanvaardbaar is en bescherming verdient. De gegroeide structuur wordt dan kritisch onderzocht bijvoorbeeld met de vraagstelling of zij is ontstaan en voortbestaat dankzij ongelijke machtsverhoudingen of dankzij concurrentiemotieven. Deze benadering (die de mijne is — zie later) legt zich ook niet bij voorbaat neer bij de realiter betrachtte waakzaamheid (als rechtens beschermenswaardige status quo), maar wil deugdelijk-

15 Dit lijkt de optiek van Winkel te zijn.

16 Wellicht kan een parallel getrokken worden met het verschijnsel 'produktaansprakelijkheid' dat evenmin is gecriminaliseerd.

heidseisen stellen. De hoogte van de drempel van waakzaamheid wordt in dit verband mede bepaald door de vraag welke kosten in redelijkheid voor die drempel moeten worden gemaakt.

3.3 'De burger van gewone voorzichtigheid'

Bij de gevallen van oplichting die de wetgever voor ogen had —en die eerder waren omschreven als de 'klassieke varianten' van oplichting— werd de waakzaamheid van de burger geobjectiveerd: de vereiste waakzaamheid werd niet gekoppeld aan de bijzondere toerusting van (categorieën) burgers. De mensen werden over één kam geschoren: in principe werd ieder geacht in gelijke mate te zijn toegerust met mogelijkheden zichzelf tegen oplichting te beschermen (wellicht met uitzondering van zwakbegaafden). Uiteraard moet de rechter die 'gewone voorzichtigheid' invullen. De geschetste veranderingen in de samenleving, waardoor onder andere de (wat ik noem) 'modernere gevallen' van oplichting zijn ontstaan, hebben tot gevolg dat het door de wetgever gepresenteerde en in de rechtspraak verwerkte criterium van 'de waakzame burger', 'de burger van gewone voorzichtigheid' (of een soortgelijke kwalificatie) niet meer onverkort gelding heeft. Dit criterium veronderstelt immers een gemiddelde. Maar de situaties waarin van de burger waakzaamheid wordt verlangd zijn zo divers geworden dat een 'gemiddelde (of gewone) voorzichtigheid' weinig betekenis meer heeft. Een meer gedifferentieerde benadering van gevallen is nodig om voldoende recht te kunnen doen aan de bijzondere aard van de verschillende interacties waarin bedrog kan worden gepleegd. De differentiatie in de samenleving heeft een rijke schakering van situaties doen ontstaan en parallel daarmee een grote verscheidenheid in toerusting van de potentiële slachtoffers van bedrog (burgers, bedrijven, overheidsinstanties enzovoort). Dit alles werkt door in de eisen die aan de waakzaamheid moeten worden gesteld.¹⁷

4 Waakzaamheidsplichten nader beschouwd

4.1 Inleiding

In het 'klassieke' criterium van de 'gewone mate van omzichtigheid' schuilt een opvoedend element: door aan de onoplettende burger bescherming te onthouden doet de strafbepaling indirect een appèl op de potentiële benadeelden. Aldus is de waak-

17 Een vergelijking kan gemaakt worden met de bestaande bepaling van bedrog door de verkoper (art. 329). Deze is op een zodanige wijze geredigeerd dat het voor strafbaarheid niet uitmaakt of men met een domme of juist extra pientere koper te doen heeft. De waakzaamheid is bij deze vorm van bedrog waarbij de bijzondere kwaliteit van de bedrieger centraal staat (zie par. 3.3.1. van dit hoofdstuk), geobjectiveerd. Zie Anneveldt, *Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien?*, p. 11.

||zaamheid van de burger als abstracte categorie een mede-bepalende factor voor de bepaling van de grens tussen strafbaar en niet-strafbaar bedrog. Zou men dit uitgangspunt overboord zetten, dan zou dit, met de woorden van De Vries in zijn preadvies uit 1962, "kunnen leiden tot een zeer ongewenste verslapping van de waakzaamheid van de ene mens tegenover de ander en tot een 'Vielbestraferei' van talloze lieden die men met evenveel recht als slachtoffers van de domheid der 'bedrogenen' zou kunnen beschouwen".¹⁸ Anneveldt zegt over het uitgangspunt van de wetgever bij oplichting het volgende: "Voorwaar een verontrustend iudicium voor normen en vormen in de menselijke omgang: de leugen is zo 'normaal', dat het strafrecht daartegen geen bescherming wenst te bieden. Wie zelf niet op zijn tellen past veronachtzaamt de realiteit des levens en drage daarvan de risico's. Goede trouw worde niet verondersteld, maar moet blijken".¹⁹

De waakzaamheid als aspect van de strafbaarheid van bedrog verwijst naar de gedragingen van de bedrogene. In het onderstaande zal worden beweerd dat, bij de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, de opstelling van de bedrogene, met het oog op de aangeduide differentiatie van waakzaamheid, niet te zeer uit het oog mag worden verloren. Neemt men die opstelling (lees: de goede trouw van de bedrogene) te gemakkelijk als gegeven aan, dan miskent men het eerder besproken wederkerige karakter van bedrog en in het bijzonder van het delict 'oplichting'. Omdat de gehele interactie waarin de oplichting zich voltrekt moet worden gewogen, kunnen ook de eigen verantwoordelijkheden van de benadeelden niet buiten beschouwing blijven. De rechter moet dan ook een zekere beleidsruimte hebben om de reikwijdte van de aansprakelijkheid voor oplichting te bepalen. Dit rechterlijke beleid valt weer binnen een ruimere optiek. Het bestrijkt namelijk mede de vraag welke functie het strafrecht in onze samenleving heeft te vervullen. Betoogd zal worden dat de 'vermaatschappelijking' van het strafrecht ook haar weerslag zal moeten hebben op bedrog, in het bijzonder oplichting.

In eerste instantie zal worden ingegaan op de nadruk die in recente beleidsplannen van justitie wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de rechtsgenoten. Deze beleidslijn zal, zo zal worden beweerd, ook doorwerking moeten hebben voor oplichting.

4.2 Justitieel beleid; consequenties voor oplichting

De wetgever van 1881 presenteerde het strafrecht als een uiterste redmiddel bij de bescherming van rechtsbelangen. Modderman verwoordde dit uitgangspunt als volgt: "Het beginsel is dit: dat alleen datgene gestraft mag worden, wat in de eerste plaats *onregt* is. Dat is een *conditio sine qua non*. In de tweede plaats komt de eis er bij dat

18 De Vries, Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien?', p. 70.

19 Anneveldt, Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien?, p. 10.

het een onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijke toestand te letten is) door geen andere middelen behoorlijk is te bedwingen. De strafbedreiging zou idealiter een *ultimum remedium* moeten blijven.²⁰ Deze terughoudendheid hing bij uitstek samen met de inbreuk die het strafrecht maakte op grondrechten van de burgers.

Dat men over de praktische uitwerking van deze ‘gulden regel’ niet altijd eenstemmig was, blijkt wel uit de eerder besproken discussie over flessentrekkerij. Waar de minister van justitie Donner strafbaarstelling de aangewezen weg achtte, was de commissie van rapporteurs van mening dat te snel naar het strafrecht werd gegrepen en dat onvoldoende acht was geslagen op de collectieve mogelijkheden om zich tegen flessentrekkerij in te dekken (zie III.5.). Tegenover de commissie benadrukte Donner de strafwaardigheid van de gedragingen van de flessentrekker die kwam te vervallen bij geringe waakzaamheid van de benadeelde. Een dergelijke opvatting spreekt ook uit de beschreven rechtspraak van de Hoge Raad.

In het strafrecht van de laatste decennia heeft de *ultimum-remedium*-gedachte een nieuwe dimensie gekregen.²¹ Naast de bezwarende invloed die het strafrechtelijk ingrijpen heeft voor de daaraan onderworpenen, zijn de kwantitatieve knelpunten in de strafrechtspleging een zelfstandig argument gaan vormen om zuinig met het strafrecht om te springen.²² De vraag naar de effectiviteit van de strafrechtelijke interventie is daardoor meer op de voorgrond getreden, terwijl het subsidiariteitsprincipe (bestaan alternatieve handhavingsmogelijkheden?) een grotere betekenis heeft gekregen. Om te voorkomen dat het strafrecht zijn handhavingspretenties niet kan waarmaken, kan die zuinigheid op verschillende niveaus van de strafrechtspleging in praktijk worden gebracht. In het beleidsplan van justitie voor de jaren negentig, getiteld ‘Recht

20 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel I, p. 11.

21 Bedacht moet worden dat een discrepantie kan optreden tussen de doelstelling van de wetgever bij de keuze van het strafrecht en de werking van dit handhavingsmechanisme in de praktijk (De Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, p. 60-61). Vooral in milieu- en fraudekwesties kan strafrechtelijk ingrijpen in bepaalde gevallen minder zwaar zijn dan bestuursrechtelijk. Zie voor het milieurecht Van de Bunt, *Is het strafrecht in de handhaving van milieurecht ultimum remedium?* in: *Facetten van economisch strafrecht*, p. 85-102. Mogelijk kan hetzelfde gezegd worden voor de verhouding tussen strafrecht en fiscaal recht. In zaken van belastingfraude — zoals bij de voetbalclub AJAX — kan het voorkomen dat de naheffingsaanslag inclusief de verhoging ex art. 21 AWR hoger is dan de geldboete opgelegd in een strafproces, zodat de veroordeelde relatief voordeel kan hebben bij een strafrechtelijke veroordeling — welke ingevolge art. 68 Sr een fiscaalrechtelijke veroordeling uitsluit. De bedoelde praktische relativisering gaat overigens bij uitstek op voor daders die minder gevoelig zijn voor de stigmatiserende gevolgen van een strafrechtelijke vervolging. Dit laatste zal zich vooral bij rechtspersonen kunnen voordoen. Dat andere vormen van overheidsinterventie *praktisch* soms zwaarder kunnen uitwerken dan een strafrechtelijke sanctie, laat onverlet dat het strafrecht waar het de normhandhaving betreft over het algemeen als de meest verregaande vorm van overheidsingrijpen kan worden gezien.

22 Zie ook De Hullu waar deze in het kader van de *ultimum-remedium*-gedachte opmerkt dat het strafrecht zowel om meer ideologisch getinte als om meer praktische redenen een beperkt instrument is dat maar beperkt kan helpen bij het oplossen van maatschappelijke problemen (Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?, p. 55).

in *Beweging*²³, wordt in dit verband een grotere nadruk dan voorheen gelegd op de activering van de maatschappelijke participatie van de burgers bij het voorkomen van criminaliteit.²⁴

Een van de niveau's waarop justitie de bedoelde zuinigheid gestalte wil geven, is dat van de wetgeving. Voor dat niveau wordt onder meer het criterium aangelegd van de subsidiariteit: zoveel als mogelijk wordt ruimte gelaten voor en wordt aangesloten bij de eigen verantwoordelijkheid en het zelfregulerende vermogen van de betrokken maatschappelijke organisaties of groepen burgers (versterking van het maatschappelijk middenveld).²⁵ Criterium is voorts dat voldoende bescherming wordt geboden aan kwetsbare belangen. Dit neemt, volgens het beleidsplan, niet weg dat een keuze voor het strafrecht in het algemeen slechts is te rechtvaardigen indien aanneemelijk wordt gemaakt dat privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en tuchtrechtelijke oplossingen tekort schieten.²⁶ Wat de handhaving in het algemeen betreft benadrukt het beleidsplan, in navolging van zijn voorganger '*Samenleving en Criminaliteit*'²⁷, de sociale verantwoordelijkheid van de burgers waar het gaat om de criminaliteitspreventie. Evenals de verantwoordelijkheid van de burger om in het eigen onderhoud te voorzien niet wordt weggenomen door de verzorgingsstaat, ontslaat de rechtsstaat de burgers niet van de plicht om zelf de rechtsorde zoveel mogelijk in stand te houden door middel van normhandhaving in eigen kring. Vanuit die gedachte wil justitie de maatschappij meer betrekken bij het tot gelding brengen van het recht.²⁸

Deze activering van de maatschappelijke participatie kan op verschillende wijzen gestalte worden gegeven. Uit het vervolg zal blijken dat de keuze voor een of meer van de te noemen modaliteiten ten nauwste samenhangt met het karakter en de functie die men aan het strafrecht toekent en de bijzondere aard van de gedraging waartegen het strafrecht de samenleving wil beschermen.

De bedoelde activering kan zich voltrekken op verschillende niveau's. Ten eerste kan —in de lijn van '*Recht in Beweging*'— gedacht worden aan structurele (techno)preventie. Hierbij kan enerzijds worden aangesloten bij spontane activiteiten van potentiële benadeelden zelf, terwijl anderzijds de overheid een eigen verantwoordelijkheid aanvaardt door de burgers te prikkelen tot zelfwerkzaamheid door bijvoorbeeld

23 *Recht in Beweging*, een beleidsplan voor Justitie in de komende jaren, Den Haag 1990.

24 Deze beleidsdoelstelling wordt in het rapport verbonden met de ontakeling van de zuilenmaatschappij. Deze ontakeling ging vaak gepaard met een teruggang van het particulier initiatief dat opbloeide uit autonoom opererende religieuze kringen (Van Doorn, *De verzorgingsmaatschappij in de praktijk*, in: *De stagnerende verzorgingsstaat*, p. 30 e.v.). De ontwikkeling van het individualistische ethos die van de ontzuiling het gevolg was, is gepaard gegaan met een grotere nadruk op de persoonlijke verantwoordelijkheid voor de eigen leefsituatie. De politiek heeft hierin een argument gezien voor het scheppen van verantwoordingsplichten in allerlei sectoren van het maatschappelijk leven. Als uitvalsbasis voor de operatie om verantwoordelijkheden die de staat vooralsnog op zich had genomen 'terug te geven' aan de burger heeft zij gekozen voor een versterking van het maatschappelijk middenveld (*Beleidsplan Recht in beweging*, p. 14).

25 *Beleidsplan Recht in beweging*, p. 39.

26 *Beleidsplan Recht in beweging*, p. 40.

27 K II, 1984-1985, 18 995.

28 *Beleidsplan Recht in beweging*, p. 55.

voorlichtingscampagnes (gedacht kan worden aan het bekende verschijnsel 'postbus 51'). Het rapport 'Recht in Beweging' noemt dan ook — voortbouwend op 'Samenleving en Criminaliteit' — : campagnes tegen fietsendiefstal, het instellen van stadswachten, beveiliging van winkelcentra en bedrijfsterreinen door particuliere beveiligingsorganisaties enzovoort.²⁹ Toegespitst op bedrog en valsheid kan, in aansluiting bij Homburg, aan de volgende instrumenten of strategieën voor preventie worden gedacht: Voorlichting, repressie (opsporing, vervolging, afroming van wederrechtelijk verkregen voordeel), beveiliging van documenten (rijbewijzen, paspoorten, cheques, credit cards), preventieve controle, verscherpte naleving of aanscherping van procedures en tenslotte aanpassing (c.q. vereenvoudiging) van wet- en regelgeving.³⁰

Als complement van de veronderstelde zelfwerkzaamheid van de burgers kan het Openbaar Ministerie, op basis van het opportuniteitsbeginsel³¹, in zijn beleid met de eigen verantwoordelijkheden van de burgers rekening houden, door bijvoorbeeld aan een aangifte van diefstal geen vervolging te verbinden vanwege het feit dat de bestolene door slecht op zijn eigendommen te passen de kat op het spek heeft gebonden.

Niet alleen het Openbaar Ministerie kan de hem toegemeten beleidsruimte benutten om de eigen verantwoordelijkheid van de burger te verdisconteren, ook de rechter kan voor dit doel van de discretionaire bevoegdheid gebruik maken die hem is verleend in het kader van de straftoemeting.

Het behoort niet uitdrukkelijk tot de uitgangspunten van de plannen 'Samenleving en Criminaliteit' en 'Recht in Beweging' om de eigen verantwoordelijkheden van de potentiële slachtoffers van criminaliteit een rol te laten spelen op het niveau van de delictsomschrijvingen. De beleidsdoelstellingen laten dan ook onverlet dat het appél dat op de burgers wordt gedaan gepaard kan gaan met het aanscherpen van bestaande of het scheppen van nieuwe strafbaarstellingen.

Op het eerste gezicht lijkt het verdisconteren van eigen verantwoordelijkheden van (mogelijke) benadeelden via de strafrechtelijke normstelling zelfs een onbegaanbare weg, omdat strafbepalingen niet aan het adres van potentiële benadeelden zijn gericht. Dit laatste is ongetwijfeld juist. Het neemt echter niet weg dat de waakzaamheid van de burger, in abstracto wel te verstaan, wel degelijk in delictsomschrijvingen kan zijn geïmpliceerd. Eerder is ter sprake gekomen dat dit bij oplichting het geval is. De waakzaamheid van de potentieel benadeelde (als categorie) constitueert mede de strafrechtelijke norm.³² Hieronder zal worden betoogd dat de rechter een taak heeft bij

29 Beleidsplan Recht en beweging, p. 20 en 56.

30 Homburg, Bestrijding en preventie van fraude, p. 23.

31 Art. 167 en 242 Sv.

32 Bij een delict als diefstal daarentegen is het aspect van de waakzaamheid niet in de delictsomschrijving verondersteld. Om die reden leidt laatstgenoemd delict (bijvoorbeeld diefstal van een fiets die de eigenaar onbeheerd en onafgesloten heeft achtergelaten), er eerder toe dat het gebrek aan waakzaamheid in de vervolgingsbeslissing wordt meegewogen. De gedraging blijft immers het karakter van diefstal behouden. Aangezien het aspect van de waakzaamheid juist een onderdeel is van het oplichtingskarakter, ligt het verdisconteren daarvan via de bestanddelen van het delict voor de hand. In grensgevallen zou de strafmaat eventueel uitkomst kunnen bieden.

de vaststelling van een redelijk niveau van waakzaamheid. Voor de te vergen *mate* van waakzaamheid zijn immers geen eenduidige criteria voorhanden, onder meer omdat de mogelijkheden voor controle sterk aan verandering onderhevig zijn. Omdat het aan de rechter is voorbehouden om te beslissen over de reikwijdte van de delictsomschrijving, zou het vanuit constitutionele optiek in dit verband een minder goede zaak zijn als het Openbaar Ministerie bij wijze van soort generaal sepot zou nalaten oplechtingsgevallen te vervolgen ingeval benadeelden onvoldoende waakzaamheid betrachten.³³ Het komt mij voor als een testimonium paupertatus om het opportuniteitsbeginsel te gemakkelijk aan te wenden waar het in feite gaat om een probleem van materieelrechtelijke aard, namelijk de interpretatie van een delictsomschrijving. Het vluchten naar het strafprocesrecht via het opportuniteitsbeginsel heeft daarnaast het bewaar dat het beleid van het Openbaar Ministerie materieelrechtelijk ongrijpbaar is. Dit komt de rechtsvorming niet ten goede. De rechter is degene die ten aanzien van de betekenis van oplichting binnen de ruimte die de delictsomschrijving geeft beleid moet maken (zie verder par. 5.5.).³⁴

5 Bezinning op de rechtspraak inzake oplichting

5.1 Het bijzondere karakter van oplichting

Inmiddels is duidelijk geworden dat oplichting een nogal complex delict is. De delictsomschrijving zou men schematiserend kunnen onderverdelen in uit subjectieve en objectieve componenten.³⁵ De subjectieve verwijzen naar de intentie van de oplichter: zijn kwade trouw. Zowel het aspect van het vertrouwen (V.2.3.) als de bewuste schending van het samenwerkingsprincipe (V.3.) zijn hierin verondersteld. De objectieve zijde van het delict is gelegen in de 'kwaliteit' van het bedrog, van de geproduceerde misleidende 'tekst' (V.4.).

Bovendien is op veel plaatsen het wederkerigheidsaspect van bedrog benadrukt.³⁶

33 't Hart heeft kennelijk minder moeite met een dergelijke oprekking van het opportuniteitsbeginsel (Strafrecht en beleid, p. 34 e.v.). In dit verband kan worden opgemerkt dat in strafvorderlijke zin de rechter weliswaar het beleid van het Openbaar Ministerie controleert, maar dat materiële problemen aangaande de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zoveel mogelijk aan de rechter moeten worden voorgelegd. Wat dit betreft lijkt 't Hart de beleidsmacht van het Openbaar Ministerie wel erg ver op te rekken.

34 Een voorbeeld van een problematiek waarbij de taak van de rechter (en daarmee de zelfstandige betekenis van het materiële strafrecht) adequaat werd onderkend is het 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid'.

35 Vergelijk Strijards, Aansprakelijkheidsgronden, p. 23 e.v.

36 In een psychopathologische studie over de oplichter onder anthropologisch gezichtspunt geeft Zeegers beeldende beschrijvingen. Hij legt daarbij sterke nadruk op het voor oplichting zo typische aspect van de ontmoeting. Het slachtoffer werkt altijd actief aan de oplichting mee, terwijl de methodes die de oplichter gebruikt een subtiel karakter hebben (geen geweld, bedreiging of dwang). Daarbij doet de oplichter in de strijd met zijn tegenstander een sterk beroep op diens verstandelijke kwaliteiten. In al deze kenmerken verschilt oplichting uitgesproken van andere vermogensdelicten

Die wederkerigheid heeft in mijn opvatting consequenties voor de norm-bepaalde lading, de kwalificatiegrens van oplichting. Die consequenties hangen samen met twee verschijnselen. Enerzijds de contextgebondenheid, het situatieve karakter van de betrokken gedragingen. Anderzijds met de normatieve waardering van die gedragingen in de loop van de tijd. Om een en ander te verduidelijken zal ik het delict oplichting vergelijken met een ander delict uit het wetboek van strafrecht waaraan eveneens een wederkerigheidsaspect verbonden is, namelijk mishandeling. Als proef-op-de-som zal hiertegenover een delict worden geplaatst dat een interactief karakter ontbeert, te weten diefstal.

Een aantal delicten heeft met oplichting gemeen dat de grens tussen strafwaardig en niet-strafwaardig gedrag wordt bepaald door een beschouwing van het totale interactionele kader waarin de bewuste gedraging zich voltrekt. Het betreft gedragingen waarbij de geadresseerde van de strafrechtelijke norm zich voor de speelruimte die hem is toegemeten om buiten de grens van het strafrecht te blijven, enerzijds moet oriënteren op de houding van de interactiepartner en anderzijds op de normatieve context. Mishandeling (art. 300 en volgende) is een voorbeeld van een dergelijk misdrijf. Bij dit misdrijf speelt de situatie waarin de gedraging zich voordoet een belangrijke rol. Een op zichzelf beschouwd even rake klap kan bij wijze van spreken in een winkelstraat mishandeling opleveren, terwijl deze op een studentensociëteit als een niet-strafwaardige uitspatting wordt aangemerkt. De verschuiving van normatieve opvattingen over bepaalde gedragingen in de loop van de tijd, de 'Wandel der Normsituation'³⁷, manifesteert zich onder meer bij de 'mishandeling' met het doel een seksuele sensatie te ondergaan (sado-masochisme). De grens tussen een door —al dan niet impliciete— toestemming van de ander gelegitimeerde handeling en een door het strafrecht gewraakte mishandeling is niet scherp te trekken en zal met de ontwikkeling van de zedelijke opvattingen aan verschuiving onderhevig zijn.³⁸

Het bijzondere van de normstelling die aan deze interactief gekarakteriseerde delicten, waartoe ook oplichting behoort, ten grondslag ligt, komt nog scherper uit tegen de achtergrond van een delict met een andersoortig karakter. Een goed voorbeeld van een dergelijk delict is diefstal (art. 310). Diefstal heeft niet dat interactieve, wederkerige karakter als de genoemde delicten. De positie van de benadeelde is bij diefstal anders. Hoe nalatig de benadeelde zich ook opstelt, dit heeft geen invloed op de kwalificatie diefstal.³⁹ Iemand die door onoplettendheid van de bewoner ruimschoots

(Zeegers, De oplichter, met name p. 1 en 52 en 68).

37 Aldus aangeduid door G.E. Mulder in navolging van Karl Larenz in een annotatie bij HR 16 juni 1987, NJ 1988, 156 (een van de bekende verkrachtingsarresten).

38 Vergelijk Hazewinkel-Suringa/Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, p. 335. Remmelink verwijst naar HR 16 juni 1987, NJ 1988, 156, waarin de Hoge Raad naar sado-masochisme lijkt te verwijzen.

39 Voor alle duidelijkheid merk ik op dat de toestemming bij diefstal een ander karakter heeft dan bij mishandeling. Wie van de eigenaar toestemming krijgt diens goed weg te nemen, pleegt geen diefstal (omdat de wederrechtelijkheid van de toeëigening ontbreekt). Wie daarentegen toestemming krijgt om een ander te verminken, zal, indien hij terechtstaat voor mishandeling, zijn gedraging niet kunnen

de 'gelegenheid' krijgt om een aantal schilderijen uit een woning te slepen, pleegt evengoed diefstal als degene die teneinde de voorwerpen te kunnen bemachtigen een alarminstallatie onklaar heeft moeten maken. De grens tussen strafwaardige en niet-strafwaardige gedragingen is bij diefstal veel scherper dan bij de hiervoor genoemde delicten.⁴⁰

Bij oplichting daarentegen gaat het om de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde manipulatie. De verhouding tussen strafwaardig en niet-strafwaardig bedrog is vloeierend. De grens wordt bepaald op grond van een redelijkheidsoordeel. De marktkoopman die de beste sinaasappels bovenop legt zodat deze representatief lijken voor de gehele partij, pleegt geen bedrog, omdat het publiek geacht wordt op deze handelspraktijken bedacht te zijn. Daarbij staan zij bij wijze van spreken met hun neus op de handelswaar zodat controle goed mogelijk is.⁴¹ Een groothandelaar daarentegen die een vrachtwagen vol sinaasappelen verkoopt na vertoning, bij wijze van monster, aan de koper van een kist met een andere (namelijk kwalitatief betere) variëteit dan de gehele partij, pleegt wel bedrog. Zowel de marktkoopman als de groothandelaar bedienen zich van een kunstgreep. Uitsluitend de kunstgreep van de groothandelaar wordt evenwel aangemerkt als een 'listige kunstgreep' in de zin van de strafwet (in dit geval artikel 329, onder 2°). Op de door hem toegepaste praktijken hoeven kopers niet bedacht te zijn, omdat controle praktisch veel moeilijker is.

Bovendien moet de grens tussen niet-strafbare manipulatie en oplichting beoordeeld worden in het licht van de totale interactieve context, rekening houdend met sociaal-economische ontwikkelingen. De 'kwaliteit' van het oplichtingsmiddel die de wet eist, hangt samen met de vraag welke mate van waakzaamheid aan de zijde van de geadresseerde van het middel redelijk wordt gevonden.⁴²

Twee conclusies kunnen uit het voorgaande worden getrokken. De eerste conclusie is dat de norm van oplichting minder scherp is en sterker aan verandering onderhevig dan bijvoorbeeld de normen die diefstal of doodslag verbieden. Eerstgenoemde norm is dan ook voor de rechtsgenoten minder eenduidig kenbaar. In de tweede plaats vraagt de vaststelling van de 'oplichtingsnorm' een beoordeling van het totale interactieve kader waarin de gedraging zich heeft voltrokken. De rechter zal hier een redelijkheidsmaatstaf moeten aanleggen (meer specifiek zal het gaan om een vraag van 'proportio-

rechtvaardigen. In Hazewinkel-Suringa/Remmelink wordt hierover gezegd dat al heeft de mens recht op 'eigen lichaam' en kan hij daarover in beginsel vrijelijk beschikken, er niettemin grenzen zijn die door de wet en de goede zeden worden bepaald (Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, p. 334).

40 Dit neemt niet weg dat ook bij diefstal grensproblemen kunnen optreden over strafwaardig en niet-strafwaardig gedrag. Gedacht kan worden aan de vraag onder welke omstandigheden het zich tijdelijk de heerschappij over een goed van een ander verschaffen 'toeëigening' kan opleveren (HR 3 november 1964, NJ 1965, 120). Van de grenskwesties tussen strafwaardig en niet-strafwaardig gedrag moeten mijns inziens onderscheiden worden de afgrenzingsproblemen tot andere delicten, bijvoorbeeld diefstal ten opzichte van verduistering (HR 27 april 1965, NJ 1966, 350; HR 14 juni 1966, NJ 1967, 440 (zelfbedieningswinkels)).

41 Notulen Commissie-De Wal II, p. 496.

42 De kwesties wat redelijk is en wie dat bepaalt, komen later aan bod.

naliteit'). Hij dient daarbij ruimte te hebben om in zijn beslissing de genoemde sociaal-economische ontwikkelingen en eventueel de justitiële beleidslijn inzake de eigen verantwoordelijkheid te verdisconteren. Dit heeft met name consequenties voor de objectieve componenten in de delictsomschrijving van oplichting (de 'kwaliteit' van het bedrog).

5.2 *Tendens in de huidige rechtspraak*

In het vierde hoofdstuk kwam aan de orde dat de rechtspraak grofweg twee varianten van oplichting heeft voortgebracht: enerzijds de variant die de wetgever voor ogen heeft gestaan (voor het gemak de 'klassieke' variant genoemd), anderzijds een variant die te maken heeft met het ontstaan van ingewikkelde, ondoorzichtige, gespecialiseerde organisaties (moderne variant). Deze nieuwe structuren zijn kwetsbaar vanuit misleidingsoogpunt. Daar komt bij dat hier en elders eerder dan vroeger openlijk en beleidsmatig van controle wordt afgezien. Door de toename van dergelijke 'kwetsbare' structuren krijgt een tweede categorie bedrogenen grote betekenis: diegenen die verschalkt worden nadat ze gehandeld hebben 'op blind vertrouwen'. Met de woorden van Röling⁴³ moet er dan ook, vanuit het gezichtspunt van de door het strafrecht geëiste waakzaamheid, een onderscheid worden gemaakt tussen de sukkelachtigheid waartegen de wet niet wenst te beschermen (de grens van de 'klassieke' gevallen) en het openlijk afzien van algemene controle op grond van 'goed' vertrouwen, welke strafrechtelijke bescherming niet uitsluit (meer moderne gevallen). Ik voeg daaraan toe dat goed moet worden onderscheiden tussen het *structureel kwetsbaar zijn* van instanties (bijvoorbeeld als gevolg van de ondoorzichtige interactiestructuren) en het zich *bewust kwetsbaar opstellen* van benadeelden (vanuit economisch georiënteerde motieven).

De bespreking van de rechtspraak heeft laten zien dat de Hoge Raad van mening is dat strafrechtelijke bescherming moet worden geboden aan deze kwetsbare structuren, zelfs indien vaststaat dat controle eenvoudig had kunnen worden ingesteld.⁴⁴ De omstandigheid dat iemand in goed vertrouwen controle achterwege laat en het feit dat van dat vertrouwen misbruik wordt gemaakt vormen de grondslag voor strafrechtelijke bescherming.

Deze opvatting sluit kennelijk aan bij het gegeven dat de beschreven marginaal bewaakte structuren in onze samenleving geaccepteerde verschijnselen zijn. Juist het feit dat de actoren in die structuren zich bij hun doen en laten oriënteren op deze status quo rechtvaardigt in de optiek van het college strafrechtelijke interventie bij gedragingen die een verstoring teweegbrengen van de aan die stand (of gang) van zaken verbonden verwachtingspatronen. Het strafrecht richt zich dan op de vraag of in voorkomende structuren pleegt te worden vertrouwd. Deze opvatting wordt wel onder-

43 Annotatie onder HR 12 juni 1951, NJ 1951, 554.

44 Een uitdrukkelijke overweging in deze zin is onder meer te vinden in HR 12 juni 1951, NJ 1951, 554.

bouwd met de bewering dat de bedrieger de zwakke structuren juist opzoekt. De kwade trouw die uit die houding spreekt, rechtvaardigt in deze optiek de inschakeling van het strafrecht.⁴⁵ Ook onder de lagere rechters is deze benadering gemeengoed.⁴⁶ Een voorbeeld hiervan is de reactie van het hof op het verweer van de verdachte in de zaak die leidde tot HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801 (het motelgast-arrest).⁴⁷ Het hof stelde dat "verdachte door zijn wijze van doen opzettelijk gebruik heeft gemaakt van een in het maatschappelijk verkeer geijkt rollenpatroon tussen enerzijds de hotelhouder en anderzijds de hotelgast, waaraan ook een specifieke rolverwachting is verbonden, teneinde de hotelhouder te bewegen hem zonder betaling vooraf logies, maaltijden en consumpties te verstrekken".

Een bezwaar van een dergelijke redenering is dat wordt aangenomen dat inbreuk wordt gemaakt op een 'geijkt rollenpatroon' zonder dat wordt aangegeven hoe het bewuste rollenpatroon eruit ziet. Bovendien wordt voetstoots aangenomen dat dit patroon 'geijkt' is. Kennelijk wordt daarmee bedoeld dat de bewuste gang van zaken gebruikelijk is. Tevens wordt dat gebruik door de rechter tot norm verheven: de door de motelhouder betrachte waakzaamheid wordt opgevat als de 'gewone waakzaamheid' die in de delictsomschrijving van oplichting is verondersteld. Dit als 'vaststaand' aangemerkt gegeven wordt afgezet tegen de—onontbeerlijke—verklaring van de verdachte dat hij te voren reeds van plan was de verschuldigde prestatie niet te voldoen. Op deze laatste vaststelling komt onevenredige nadruk te liggen als niet eerst een gewogen oordeel wordt gevormd over het karakter van de interactie (en daarmee over de kwalitatieve ondergrens van het bedrog; zie hieronder).

5.3 Belang van het interactieve kader

In een samenleving waarin de technische ontwikkelingen —en overeenkomstige mogelijkheden voor controle— bij wijze van spreken over elkaar heen rollen is het vaak niet eenvoudig om vast te stellen welke mate van waakzaamheid in redelijkheid van potentiële slachtoffers kan worden verwacht. De hoogte van de drempel die men kan opwerpen tegen misleiding varieert dermate dat een 'geijkt' verwachtingspatroon vaak moeilijk kan worden geconstrueerd. Met dit verschijnsel valt samen dat de 'gewone mate van voorzichtigheid' niet meer als adequate maatstaf voor de in het delict veronderstelde waakzaamheid voldoet (paragraaf 3.3.). Hier ligt een rechtsvormende taak voor de rechter.⁴⁸

45 In dit verband verwijs ik naar de oratie van De Hullu waarin deze een ontwikkeling signaleert die zich kenmerkt door een grotere nadruk in wetgeving en rechtspraak is komen te liggen op de 'verkeerde intentie' van de dader (of zo men wil 'verdachte'). De Hullu, Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?, p. 53.

46 Over het gevaar voor overschatting van de autoriteit van de beslissingen van de Hoge Raad zie men Nijboer/ Wemes, Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme, p. 83.

47 Zie IV.2.2.2., onder B.

48 Dat hier een taak ligt voor de rechter en niet voor de wetgever, hangt samen met het in paragraaf 5.1. geschetste onvaste karakter van de norm van oplichting.

Deze moet een oordeel geven over de vraag wat de interactiepartners in voorkomende gevallen van elkaar mogen verwachten en wanneer een frustratie van die verwachtingen dermate ernstig (schadelijk) is dat van strafwaardig bedrog sprake is. Dit betreft kortom de 'kwaliteit' en de kwalitatieve grens van het bedrog (zie nader VII.2.). In de uitspraken waarin een bepaalde gang van zaken voetstoots als een 'geijkte' — en daarmee als beschermenswaardige — structuur wordt bestempeld, wordt de kwalitatieve ondergrens van het bedrog onvoldoende onderkend. De zelfstandige betekenis van het middel wordt dan ondergraven. En, zoals reeds in paragraaf 2.2. van dit hoofdstuk werd opgemerkt, mag de kwalificatie 'oplichting' uiteraard niet louter vanuit het effect worden afgeleid. Het feit dat de benadeelde 'bewogen is' en de verdachte daarop aanstuurde (te kwader trouw was) is als zodanig onvoldoende grond om oplichting aan te nemen. Met andere woorden: de vaststelling dat de verdachte van te voren van plan was niet zoals overeengekomen te presteren maakt hem nog niet tot een oplichter.

Niet alleen vanuit semantische optiek (hoofdstuk V) maar ook uit het gezichtspunt van rechtsbelangen wordt de strafbaarstelling van oplichting meer door omgevingsfactoren beïnvloed dan die van valsheid. De strafbaarstelling van de valsheidsmisdrijven houdt immers verband met de maatschappelijke noodzaak om het vertrouwen dat moet kunnen worden gesteld in bepaalde geschriften, geld, zegels en merken tegen inbreuken te beschermen. Hier wordt een publiek belang beschermd. In de commissie-De Wal werd dit uitgedrukt met de term 'gemeengevaarlijk'.⁴⁹ Oplichting behoort daarentegen tot de categorie delicten die in de eerste plaats het vermogensbelang beschermt. Bij deze misdrijven gaat het niet alleen om publieke maar vooral om particuliere belangen. Het publieke belang van het vertrouwen in geschriften (enz.) in het maatschappelijk verkeer wordt door de enkele inbreuk op het vertrouwen geschonden. Waar, zoals bij oplichting, de valsheid een onderdeel is van bedrog, ziet de valsheid niet op het in het maatschappelijk verkeer heersende vertrouwen in bepaalde gewaarborgde voorwerpen. Deze valsheid heeft zelfs vaak een immaterieel karakter en krijgt in de interactie pas betekenis. Hierdoor komt de gewraakte gedraging in een breder en meer variabel perspectief te staan, terwijl tegelijkertijd de interactie waarin de gedraging zich afspeelt belangrijker wordt. De positie van de (potentiële) benadeelden, die uiteindelijk de legitimatie vormt voor de strafrechtelijke ingreep⁵⁰, heeft hierdoor een grotere betekenis dan bij de zelfstandig strafbaargestelde valsheid.

49 Zie III.3.3.1.

50 Hulsman, *Waarover beslist men in het strafrechtelijk systeem?* in *Beginselen* (Mulderbundel), p. 109. Zie ook Schalken waar deze stelt dat het plegen van een strafbaar feit niet alleen betekent dat een norm is overtreden, maar dat het delict tevens een inbreuk vormt op rechtsbetrekkingen. Een daarvan kan zijn dat de relatie tot een medeburger schade heeft geleden. De overheid zal daarom niet kunnen volstaan met alleen de rechtsbetrekking tot de dader te respecteren (Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen, p. 15).

5.4 'Vermaatschappelijking' van het strafrecht

De meeste schrijvers zijn het er wel over eens dat het strafrecht niet een systeem is dat op zichzelf staat, maar als een functie moet worden gezien in het sociale systeem van de staat, gericht op het verwezenlijken van de doeleinden die de staat stelt.⁵¹ Dit betekent onder andere dat het strafrecht als mechanisme voor het reguleren van conflictsituaties moet concurreren met andere systemen zoals het civiele-, het administratieve- of het tuchtrechtelijke. De meer functionele kijk op het strafrecht heeft tot gevolg gehad dat men, mede in verband met de capaciteitsproblemen van de laatste decennia, steeds kritischer is gaan aankijken tegen de noodzaak van criminalisering van gedragingen. 'Zuinigheid met strafrecht' is een steeds vaker uitgedragen devies, zowel in wetenschappelijke⁵² als in regeringskringen⁵³. Ook de term 'criminele politiek' duidt op een bezinning op het strafrecht. De Roos stelt zich in dit kader de vraag in hoeverre men met het strafrecht planmatig maatschappelijke situaties kan veranderen of maatschappelijke processen kan sturen.⁵⁴ Ik zou hieraan willen toevoegen dat de sturingspotentie niet alleen in verband gebracht moet worden met de eventuele *inschakeling* van het strafrecht, maar eveneens met het welbewust *afzien* van strafrechterlijke interventie.⁵⁵

Niet alleen op het niveau van de primaire, maar ook op dat van de secundaire criminalisering⁵⁶ past een bezinning op de functie van het strafrecht. In het bijzonder zal ik mijn aandacht richten op de rechterlijke beslissing.

51 Vergelijk ook de term 'criminele politiek' in bijvoorbeeld De Roos, Strafbaarstelling van economische delicten, p. 13. Zie voorts: Hazewinkel-Suringa/Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht, p. 31.

52 Verschillende publikaties weerspiegelen een bezinning op de functie van het strafrecht: Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving; De Roos, Strafbaarstelling van economische delicten; Van Veen, Het functioneren van de rechtspleging, in: Strafrechtspleging onder spanning; Informatietechniek & strafrecht, rapport van de commissie computercriminaliteit, p. 28 e.v.; Franken, Aansprakelijkheid voor misbruik van informatie in: Dilemma's van aansprakelijkheid, p. 82.

53 Vergelijk de beleidsplannen Samenleving & Criminaliteit en Recht in Beweging. Zie voorts paragraaf 4.2.

54 De Roos, Strafbaarstelling van economische delicten, p. 13-14.

55 Zie ook Hulsman, Handhaving van recht.

56 De 'primaire criminalisering' is de toekenning van de criminele hoedanigheid aan categorieën gedragingen in abstracto (in het Nederlandse systeem de taak van de wetgever). De term 'secundaire criminalisering' duidt op de toekenning van het etiket 'misdadig' aan mensen in concreto, wanneer hun gedragingen vallen binnen het door de wetgever in het kader van de primaire criminalisering vastgestelde gebied (taak van politie, openbaar ministerie en rechterlijke macht). De Roos, in navolging van rapport 'On decriminalisation' van de Raad van Europa'. Zie De Roos, Strafbaarstelling van economische delicten, p. 12-13.

5.5 Beleidsmatige overwegingen in de rechterlijke beslissing

Eerder kwam ter sprake dat de juridisch-technische aspecten van de rechterlijke beslissing worden omlijst door overwegingen aangaande de taak van het strafrecht naast andere sturingsmechanismen.

Een zekere vrijheid in het handelsverkeer was het uitgangspunt van de wetgever bij het opstellen van de bepaling van oplichting. Deelnemers aan dat verkeer moeten zomin mogelijk door het strafrecht in hun bewegingsruimte worden beperkt. Een zekere disciplinerende van het handelsverkeer door de deelnemers zelf werd verondersteld. Bij al te grote fricties moest het strafrecht ingrijpen. Mijns inziens past dit beeld in een algemene vooronderstelling dat de samenlevingsorde in eerste instantie gefundeerd is op de gedragingen van verantwoordelijke burgers die autonoom en oordeelkundig kunnen handelen.⁵⁷ Ik meen dat het aldus opgevatte burgerschap ook in de werking van het strafrecht moet worden voorondersteld. "Verantwoordelijkheid is het 'voorportaal' van aansprakelijkheid", zo heeft M. Loth in de bundel 'Dilemma's van aansprakelijkheid' opgemerkt.⁵⁸ Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het bijzonder betekent dit dat deze niet kan worden losgeweekt uit de bedding van maatschappelijke verantwoordelijkheden. Zo beschouwd is de strafrechtelijke normstelling tevens impliciet een appèl op de burgers voor wie de strafrechtelijke bescherming in het leven is geroepen, zonder dat deze evenwel in concreto op grond van de betrokken norm strafrechtelijk kunnen worden aangesproken.⁵⁹ De argumenten die door de commissie die in het jaar 1927 in de tweede kamer rapporteerde over de bepaling flessentrekkerij, werden aangevoerd voor het niveau van de primaire criminalisering, gaan mijns inziens dan ook tevens op voor het niveau van de rechterlijke beslissing. De commissie was van mening dat middenstanders het risico bedrogen te worden om redenen van gepast eigenbelang op de koop toe nemen en zich dus eerst maar eens door onderlinge samenwerking moeten indekken.⁶⁰ In deze lijn zal de rechter, die tot taak heeft in zijn beslissing de —veranderlijke— norm van oplichting gestalte te geven, in zijn beoordeling rekening moeten houden met de vraag welke mogelijkheden de burgers in redelijkheid hebben om zich tegen misleiding te weren. Deze gedachten-gang sluit aan bij het genoemde devies om zuinig om te springen met het strafrecht, om gedragingen slechts strafbaar te stellen indien deze zonder strafsancie moeilijk terug te dringen zijn. Bovendien geven de eerdergenoemde knelpunten in de strafrechtspleging grond aan de gedachte om ook meer utilistische overwegingen een rol te doen spelen bij de vraag naar de inschakeling van het strafrecht. De vraag naar de effectiviteit van het strafrecht valt hiermee samen. De praktijk wijst uit dat het

57 Vergelijk Van Gunsteren, *Burgerschap en verantwoordelijkheid*, in: *Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit*, p. 101; Kattouw/ Nijboer, *Hoe crimineel in AIDS?*, p. 17 en 23.

58 *Aansprakelijkheidsrecht en maatschappelijke ontwikkelingen*, in: *Dilemma's van aansprakelijkheid*, p. 2.

59 Dit kan pas geschieden bij bijvoorbeeld uitlokking (art. 47), maar dan is uiteraard van een zelfstandige strafrechtelijke normstelling sprake waarvan de uitlokker geadresseerde is.

60 Zie III.5.

strafrecht weinig effectief is gebleken in de bescherming van de genoemde kwetsbare structuren. Deze blijken veel beter beschermd te kunnen worden door de vele technische faciliteiten die voorhanden zijn om zich tegen misleiding te wapenen. Gegevens opgeslagen in computers of via telefonische informatie, voorts tal van legitimatiemogelijkheden (de PIN-code bijvoorbeeld) maken het vaak betrekkelijk eenvoudig om te controleren. De aanwending van dergelijke structurele voorzieningen dient het primaat te hebben boven de inschakeling van het strafrecht. Deze gedachte is niet nieuw. De zojuist genoemde commissie van rapporteurs stond reeds een dergelijke subsidiariteitsgedachte voor. De noodzaak voor strafbaarstelling werd immers, zoals gezegd, door haar betwist met het argument dat middenstanders door onderlinge samenwerking in redelijkheid in staat waren een barrière op te werpen tegen bedrog. Ik verwijs op dit punt naar de in de vorige paragraaf geuite bewering dat ook het welbewust *afzien* van strafrecht deel van een verstandige criminele politiek — van zowel wetgever als beleidsvoerende instantie als Openbaar Ministerie — kan zijn. De kwalificatie van oplichting kan dan ook niet worden losgekoppeld van de vraag naar de toerusting van de benadeelde. Dit sluit aan bij het uitgangspunt dat de aard van de interactie bij oplichting juridisch een rol dient te spelen. Hieruit vloeit voort dat waakzaamheid een basisvoorwaarde blijft waar slechts in uitzonderingsgevallen van mag worden afgezien. Die uitzonderingen duiden op gevallen waarin ‘goed vertrouwen’ noodzakelijk c.q. onvermijdelijk is. Het nalaten van eenvoudig uit te voeren controle mag namelijk niet automatisch voor rekening komen van de dader. En in breder perspectief bezien mogen kostenbesparingen door het achterwege laten van in redelijkheid noodzakelijke controle niet op justitie worden afgewenteld. Personen en instellingen moeten eerst een toereikend beschermingskader ontwerpen. Binnen die voorwaarde is er aanleiding om, ingeval iemand ondanks deze beveiligingsmaatregelen toch wordt verschalkt, de bescherming van het strafrecht in te roepen.⁶¹ Er ontstaat een stelsel van ‘gamerules’ (het wetboek van strafrecht) en ‘goalrules’ (regels van strategie)⁶², dat kan worden geïllustreerd met een van de voorstellen die de Commissie-Franken heeft gedaan op het gebied van de computercriminaliteit. In de lijn van het eerder besproken crimineel-politieke uitgangspunt van de eigen verantwoordelijkheid van de burger bij de voorkoming van criminaliteit, was de commissie van oordeel dat terzake van het wederrechtelijk binnendringen in een computer (‘computervredebreuk’) alleen dan van strafbaarheid sprake zou moeten zijn, indien

61 De rechter zal zich sterk moeten oriënteren op het maatschappelijk veld waarin partijen samenhandelen. Vergelijk ‘t Hart die stelt dat de rechter die tot oordelen wordt geroepen van de concrete situatie een pre-juridische waardering, een normatieve betekenisvaststelling zal moeten geven alvorens hij toekomt aan de toepassing van de betrokken wetsartikelen (Strafrecht en beleid, p. 79).

62 Dit concept is ontleend aan het proefschrift van Ter Heide (Vrijheid, over de zin van straf, p. 155). Het is echter in zoverre aangepast, dat een gedraging die louter de goalrules schendt, nog wel de gamerules van een ander stelsel (civiel recht) kan aantasten.

daarbij een beveiliging tegen dit binnendringen werd doorbroken.⁶³ Aan de dader wordt aldus duidelijk gemaakt dat hij door zijn gedragingen een barrière van waakzaamheid doorbreekt. Het doorbreken van de beveiligingsstructuur komt neer op een schending van de *gamerules*, terwijl een verschalking ingeval van een ontoereikend beveiligde structuur ‘slechts’ een overtreding van *goalrules* oplevert: de gedraging is weliswaar ‘ondoelmatig’ (en onbetamelijk), zij geschiedt echter niet onder voorwaarden die tot de inschakeling van het strafrecht aanleiding geven. Dit geldt ook voor oplichting: eerst het doorbreken van de barrière van waakzaamheid geeft de misleiding het voor oplichting vereiste gekwalificeerde karakter.

Zoals de bespreking van de novellen en de wetsgeschiedenis van flessentrekkerij⁶⁴ heeft uitgewezen, bestaat tussen oplichting en (bewuste) wanprestatie dan ook een delicaat overgangsgebied dat wordt begrensd door degekwalficeerde misleiding die ingevolge artikel 326 wordt geëist. In het licht van de eerder bepleite differentiatie zal de aard van de interactie voor de rechter uitgangspunt zijn.

5.6 De aard van de interactie

In het voorgaande heb ik duidelijk willen maken dat de benadeelde bij oplichting in deze tijd niet meer als ondeelbare abstracte categorie (aangeduid als ‘de burger van gewone waakzaamheid’) kan worden aangeduid. In plaats daarvan moet de rechter bij de beoordeling van vermeende oplichtingsgedragingen differentiëren naar situaties. Hij moet zich oriënteren op de aard van de interactie waarvan de gedraging deel heeft uitgemaakt. Tal van factoren kunnen het karakter van die interactie bepalen. De rechter zal die factoren in hun onderlinge verband moeten beschouwen. Hij zal daarbij bijvoorbeeld goed moeten onderscheiden tussen de mate van waakzaamheid die in een bepaalde branche *gebruikelijk* (gewoonte) is en de *mogelijkheden* die de betrokkenen in redelijkheid hebben om te controleren (toerusting). Zoals eerder werd benadrukt, zal hij zorgvuldig moeten nagaan of de gewoonte van dien aard is dat hij bij de beoordeling van de gewraakte gedraging als beschermenswaardig moet worden beschouwd. Dit zal mijns inziens het geval moeten zijn bij een bijzondere, niet al te anonieme vertrouwensband. Het ligt in dit opzicht meer voor de hand om vertrouwen te beschermen als zich dat in een relatief besloten groep sterker heeft verankerd. In dit opzicht kan worden gesteld dat deze verankering in bijvoorbeeld de bank-, hotel-

63 Informatietechniek en strafrecht, rapport van de commissie computercriminaliteit, p. 25 en 60. Het beveiligingsaspect heeft veel reacties losgemaakt. Zo vroeg men zich af welke graad van beveiliging moest worden geëist. Bovendien vreesde men dat slachtoffers weinig geneigd zouden zijn tot aangifte, omdat hun wijze van beveiligen ter terechtzitting wel eens door de verdediging zou kunnen worden bekritiseerd. Niettemin is de eis —in afgezwakte vorm— inmiddels in de wet opgenomen (art. 138a). Zie ook KII 1989-1990, 21551, nr. 3, p. 19 en Wiemans, Het wetsvoorstel Computercriminaliteit; Algemeen deel en materieel strafrecht, in: Computercriminaliteit, commentaren op het wetsvoorstel computercriminaliteit, p. 33 e.v.

64 Hoofdstuk III, par. 4 en 5.

of de autobranche niet zo sterk is vanwege de anonimiteit van de interacties.⁶⁵ Dit lijkt anders te liggen bij bijvoorbeeld de praktijk van het op zicht meegeven van schilderijen (HR 10 maart 1992, NJ 1992, 592). De kunstwereld is immers een betrekkelijk besloten cultuur van geestverwanten, wat grond geeft voor het onderling stellen van vertrouwen. Het vertrouwen dat hier wordt gesteld heeft in dit soort situaties, in tegenstelling tot de hiervoor genoemde anonieme interactiepatronen, een veel meer persoonlijke dimensie. Hier kan men met recht spreken van 'goed' (in tegenstelling tot 'lichtvaardig') vertrouwen. De enige waarborg in de zaak van de schilderijen was de bruikleenovereenkomst en er is wat voor te zeggen dat deze gelet op de geschetste 'vertrouwenssfeer' voldoende was (in het licht van de strafrechtelijke bescherming).

Vanuit deze optiek lijkt het redelijk om bij het verhuren van auto's of hotelkamers strengere waakzaamheidseisen te stellen dan bij het uitlenen van schilderijen. De veronderstelde eigen verantwoordelijkheden van de burgers gevoegd bij de 'kwaliteit' van misleiding die voor oplichting vereist is, geven mijns inziens voor de rechter aanleiding om de kwalificatie 'oplichting' te reserveren voor gevallen waarin bijvoorbeeld de autoverhuurder *ondanks* de gevraagde legitimatie, vooruitbetaling of borgsom, is verschalkt. Het arrest van de 'proefrit' (HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 153; zie IV.2.2.2., onder b) schetst in dit verband een situatie waarin verdachten de auto zonder nadere vragen en/of voorwaarden meekregen. De autohandelaar vertrouwde mijns inziens —vanuit strafrechtelijke optiek— lichtvaardig op de goede bedoelingen van de zogenaamde aspirant-kopers. Wat de casus van de motelgast (IV.2.2.2., onder b) betreft, moet het enkele gedragen als serieuze motelgast naar mijn mening als onvoldoende grond worden beschouwd om de kwalificatie 'oplichting' te rechtvaardigen. Op zijn minst zal de verdachte zich bijvoorbeeld vals moeten hebben gelegitimeerd (aannemen van een valse naam).⁶⁶ Uit de betrokken beslissing blijkt hiervan niets: kennelijk werd het enkele zich gedragen als normale gast voldoende geacht voor de kwalificatie van oplichting door het aannemen van een valse hoedanigheid.

Teruggrijpend op HR 14 mei 1991, NJ 1991, 750 ('valse hoedanigheid van koper van onroerende zaak') leidt de aard van de interactie ertoe om vanuit oplichtingsoogpunt onderscheid te maken tussen de koop en verkoop van roerende en die van onroerende zaken. Aan laatstgenoemde zaken zijn bij de eigendomsoverdracht meer waarborgen verbonden, zowel wat betreft verschillende formaliteiten (leveringsacte, inschrijving in registers), als wat de officiële tussenpersoon (de notaris) aangaat. Daarnaast kunnen

65 Bovendien berusten de bedoelde verwachtingspatronen niet noodzakelijk op consensus. Consensus veronderstelt immers een proces waarin personen ('partijen') elk vanuit een bewuste strategie aankoersen op een bepaald evenwicht waarin zij uiteindelijk allen —min of meer— bevrediging vinden. De structuren die in de loop van de tijd in de sfeer van de bureaucratie en het bedrijfsleven zijn gegroeid zijn vaak niet de uitkomst van een consensus. Zij zijn dan het produkt van een eenzijdig gedomineerde strategie waarin de consument te weinig inbreng heeft om een consensus te kunnen bewerkstelligen.

66 Artikel 438 (een overtreding) verwijst naar de verplichting van de logementshouder om een register bij te houden. Bij herhaaldelijke overtreding van deze verplichting kan de hotelhouder worden bestraft.

de omstandigheden die met de koop gepaard gaan variëren. Die omstandigheden kunnen voor de invulling van het oplichtingsmiddel c.q. voor de vraag naar de toe te rekenen gevolgen relevant zijn. In dit licht kan de overweging van het hof 'te kennen uit NJ 1991, 750' worden begrepen dat, juist vanwege de bijzondere waarborgen bij koop en verkoop van onroerende zaken, *onder bepaalde omstandigheden* (in casu het zich verschaffen van een bankgarantie en de presentatie daarvan aan de notaris) aan een van de oplichtingsmiddelen is voldaan. Of de gedraging voldoende kaliber heeft om als oplichtingsmiddel te gelden wordt immers mede bepaald door de vraag hoe hoog de drempel (in casu opgeworpen door de genoemde waarborgen) voor misleiding is geweest.

5.7 Het kostenaspect van controle

In aansluiting bij de eerder genoemde utilistische overwegingen zal de rechter mijns inziens ook rekening moeten houden met het kostenaspect verbonden aan controle. Het stellen van deugdelijkheidseisen aan de waakzaamheid kan uiteraard niet los worden gezien van de kosten (zie par. 3.3.2.). Er is reden tot een afweging te komen welke kosten in redelijkheid door de betrokkene moeten worden gemaakt wil de door hem betrachtte waakzaamheid adequaat zijn om strafrechtelijke bescherming te rechtvaardigen. Niet iedereen die ervoor kiest om met een ander op goed vertrouwen in zee te gaan, verdient automatisch strafrechtelijke bescherming. Kosten verbonden aan controle mogen met andere woorden niet vanzelfsprekend op justitie (de maatschappij) worden afgewenteld.

5.8 Een lichtpuntje in de rechtspraak

Een van de uitspraken die tegen de stroom ingaat en meer in de lijn ligt van de door mij verdedigde opvatting, is die van Hof Den Haag, weergegeven in HR 3 februari 1976, NJ 1976, 304. Het betreft een van de besproken kascheque-arresten.⁶⁷ In deze uitspraak, die, zoals gezegd, waarschijnlijk om cassatietechnische redenen⁶⁸ niet door het hoogste rechtscollege werd aangetast, stelt het hof dat het bestaan van een praktijk van uitbetaling louter op grond van formele controle (ook al zou de loketbeampte de indruk hebben dat van een ontoereikend saldo sprake is dat niet op korte termijn kan worden aangevuld) niet afdoet aan de omstandigheid "dat (...) een absolute verplichting tot uitbetaling niet bestaat, en dat de centrale directie van de loketambtenaren verwacht dat zij, als goede ambtenaren de uitbetaling aanhouden, als zij vermoeden dat van

67 IV.2.3.2.

68 Het cassatiemiddel was gericht tegen het bestanddeel 'bewegen' dat door het hof niet bewezen werd geacht. De grotendeels feitelijke argumentatie daarvoor, tegen het licht van de weinig gedetailleerde tenlastelegging, maakten de uitspraak kennelijk minder vatbaar voor cassatie (zie de annotatie van G.E. Mulder bij het arrest).

misbruik van de kascheques sprake is (...)"'. Om deze reden meende het hof dat van oplichting geen sprake was.

Het hof gaat niet voetstoots uit van een 'geijekte gang van zaken' maar vormt zich zelfstandig een oordeel over de interactieve situatie en welke mate van controle in de betrokken interactie redelijk is.

5.9 Opvattingen over waakzaamheid in de rechtsliteratuur

Ook in de literatuur is men wat de besproken materie betreft vrij behoudend. De Commissie-Franken (zie par. 5.5.) heeft nog de meest progressieve opvattingen.⁶⁹ Toch geeft de gladde vijver van de traditie af en toe een rimpeling te zien. In zijn conclusie voor HR 14 mei 1991, NJ 1991, 750, de zaak van de pseudo-koper van een onroerende zaak⁷⁰, merkt Meijers onder de streep op "dat de 'barre' argeloosheid die de verkoper aan de dag heeft gelegd geen strafrechtelijke hulp verdient. Mundus vult decipi...⁷¹". In zijn marginale oordeel laat hij de beslissing van het hof evenwel intact. In zijn annotatie bij hetzelfde arrest vraagt Van Veen zich met het oog op het kascheque-arrest uit 1978⁷² af of de banken door versterken van de controle niet zelf voor de nodige bescherming tegen ongewenst geld opnemen moeten zorgdragen. Hij voegt daaraan toe: "Wie kosten bespaart door noodzakelijke controle achterwege te laten wentelt op de justitie, die de 'dieven' moet vervolgen, die door de 'gelegenheid' worden gemaakt, die kosten af."

69 Zie ook van de hand van H. Franken: Aansprakelijkheid voor misbruik van informatie, in: Dilemma's van aansprakelijkheid.

70 Zie voor een bespreking van dit arrest: IV.2.2.2., onder B.

71 'De wereld wil bedrogen worden'.

72 Zie IV.2.2.2., onder B.

Dogmatische aspecten

1 Inleiding

De dogmatische verwerking betekent een reflectie op *algemene* leerstukken van het materiële strafrecht naar aanleiding van de door mij gekozen oplossingen bij het *bijzondere* delict ‘oplichting’. Die leerstukken en de afzonderlijke delicten staan in voortdurende wisselwerking. Terugkoppeling naar de dogmatiek roept ongetwijfeld spanningen op. Ik stelde dat oplichting moet worden beoordeeld aan de hand van de totale concrete delictsituatie. Dit tendeeert naar —een zekere mate van— individualisering. Maar de algemene leerstukken neigen nu juist naar generalisering.¹ Ik wil deze spanning niet uit de weg gaan omdat mijns inziens een goede dogmatiek dienstbaar moet blijven aan concrete problemen bij afzonderlijke delicten. De situatieve inslag bij de beoordeling van oplichting manifesteert zich met name bij de vaststelling van het oorzakelijk verband. Daarom zal het *leerstuk van de causaliteit* onze aandacht moeten hebben. De causaliteit bij oplichting cirkelt om de kwestie van de middelen als oorzaak en het bewegen van een ander tot een prestatie als gevolg. Om die reden volgt allereerst een algemene beschouwing over de middelen.

Bij de bezinning op de meest wenselijke regeling van oplichting stuiten we bovendien op problemen met het oogmerkvereiste. Daarom zal tevens het *leerstuk van de dolus* nader moeten worden gezien. Voorts zal om tegemoet te komen aan de in het vierde hoofdstuk gesignaleerde knelpunten een voorstel worden gedaan voor een andere dogmatische plaats van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’.

Het is goed te benadrukken dat de gevallen in de rechtspraak die in deze studie vooral in de belangstelling staan, zich kenmerken door een eerder als meer modern aangeduide signatuur. Wat het gemaakte onderscheid tussen de klassieke en de meer moderne gevallen van oplichting betreft², moet bedacht worden dat het gaat om een model. En modellen ontlene hun bruikbaarheid juist aan het feit dat zij de werkelijkheid schematisch weergeven. In dit verband moet dan ook bedacht worden dat er overgangsgebieden bestaan tussen moderne en klassieke gevallen, waarbij de gedraging zowel misbruik maakt van bestaande (structurele) omstandigheden als nieuwe omstandigheden in het leven roept om een bepaalde uiting meer waarschijnlijk te doen lijken. Anderzijds zullen de moderne gevallen waarschijnlijk door hun frequentie meer

1 Zie hierover Nijboer, De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving, bijv. p. 43, 105 en 263.

2 IV.2.2.3.

opvallen dan de klassieke. De laatste categorie lijkt in de rechtspraak veel verder uitgekristalliseerd, terwijl de moderne gevallen de grenzen van de strafbaarheid sterker uitdagen. Zij geven daardoor vaker aanleiding tot cassatieberoepen (al komen ze misschien minder vaak voor dan de klassieke en even vaak als vroeger). Bovendien speelt het Openbaar Ministerie een belangrijke rol in de definiëring van criminaliteit.³ Zo kan het zijn dat het Openbaar Ministerie de moderne gevallen vroeger minder vaak vervolgde omdat ze niet als oplichting werden beschouwd. De redenen die zij daarvoor zou kunnen hebben zijn in het vorige hoofdstuk uitvoerig beschreven. De ruime interpretaties van de Hoge Raad zouden het Openbaar Ministerie kunnen stimuleren om meer zaken te gaan vervolgen. Dit zou een hausse van gevallen geven alleen omdat de Hoge Raad de grenzen is gaan verleggen. De onderstaande positiefrechtelijke voorstellen beogen aan een dergelijke ontwikkeling tegenwicht te bieden.

2 De middelen nader beschouwd; semantische en kwalitatieve grenzen

Eerder werd gesteld dat de oplichtingsmiddelen als varianten van valsheid kunnen worden opgevat. Langs verschillende wegen werd aangetoond dat de valsheid die in de oplichting is begrepen pas betekenis krijgt in de interactieve context van de gedraging. Het bereik van de middelen kan het beste worden geanalyseerd als onderscheid wordt gemaakt tussen twee soorten grenzen.

Allereerst is er de *semantische* grens. De wetgever heeft niet elk oplichtingsmiddel aanvaard maar bewust een selectie gemaakt uit de verzameling denkbare middelen (evenals bijvoorbeeld bij de uitlokking). Uiteraard moest hij de gekozen middelen uitdrukkelijk omschrijven. Het zou daarom strijdig zijn met zijn bedoeling als via interpretatie een (veel) grotere verzameling onder de wettelijke middelen wordt gebracht. De vraag is echter waar precies de grenzen liggen. Deze vraag klemmt vooral bij de meer open geformuleerde oplichtingsmiddelen, zoals de valse hoedanigheid en —in mindere mate— de listige kunstgrepen.

Daarnaast bestaat een *kwalitatieve* begrenzing van de middelen. Deze grens hangt samen met de door de wetgever gepresenteerde voorwaarde dat de middelen geschikt moeten zijn om een burger van gemiddelde waakzaamheid te verschalken. Het is aannemelijk dat de wetgever deze eis reeds door de formulering van de middelen (semantische grenzen) vervuld achtte (zie III.3.5.2.). Toch is een discrepantie tussen beide grenzen denkbaar. Met name kan het geval zich voordoen dat er van de kwalitatieve betekenis een druk uitgaat om de semantische grenzen van een oplichtingsmiddel te verruimen. Verschillende voorbeelden kunnen dit illustreren.

Het eerste voorbeeld ontleen ik aan de discussie in de doctrine aangaande het aannemen van een valse naam. De kritiek die onder anderen Van Bemmelen uitte op de opvatting van Duisterwinkel kwam in de kern neer op het verwijt dat de laatste de kwalitatieve betekenis van de middelen overschatte en daar de semantische grenzen

3 Vergelijk C.H. Brants en K.L.K. Brants, De sociale constructie van fraude, m.n. p. 83 e.v.

aan opofferde. Duisterwinkel nam immers het effect van het bedrog en de bedoeling om te misleiden als uitgangspunt en stelde op grond van deze ratio dat een echte naam onder omstandigheden een 'valse naam' in de zin van artikel 326 kon zijn (zie IV.2.2.2., onder A).

Het tweede voorbeeld dat de frictie tussen beide begrenzingsen illustreert, is ontleend aan de eigen fantasie. Een zwerver vervoegt zich bij de bedrijfsleider van een groot winkelcentrum. Hij ziet er, geheel overeenkomstig zijn sociale conditie, verfromfaaid uit. Hij presenteert een ingewikkeld verhaal, dat zonder meer naar omgangstaal kan worden gekwalificeerd als een serie verzinsels en op grond waarvan hij de betrokkene weet te interesseren voor een —niet bestaand— bouwproject. Bovendien, en daar was het hem om te doen, weet hij voor elkaar te krijgen dat de gretige bedrijfseigenaar hem ten behoeve van het project een groot bedrag overhandigt.

Vanuit de semantische optiek is hier sprake van een samenweefsel van verdichtfels. Wil men niettemin geen oplichting aannemen, dan zal dat alleen kunnen door ontkenning van het causale verband: de bedrijfsleider is niet bewogen door het middel (maar bijvoorbeeld door zijn eigen hebzucht). Stelt men echter aan het middel uitdrukkelijke kwalitatieve eisen, dan is er geen sprake van een middel in de zin van de wet als het verhaal dermate onwaarschijnlijk is dat een gemiddeld waakzame burger in een vergelijkbare positie als de bedrijfseigenaar de onjuistheid gemakkelijk zou hebben doorzien.

Te weinig oog voor de zelfstandige betekenis van de semantische grenzen leidt ertoe dat de kwalitatieve factoren te sterk gaan domineren en de semantische grenzen geen eigen functie meer houden. Het stelsel van opleuchtingsmiddelen dreigt dan te vervlakken (strijd met de *lex-certa-norm* —zie boven) nu een belangrijke rem tegen te vergaande aansprakelijkheid onklaar is gemaakt. Daarom verdient het aanbeveling eerst de semantische grens te bepalen en de kwalitatieve in elk geval niet ruimer te trekken dan de semantische.

Oprekking van de semantische grenzen van het middel is niet alleen mogelijk vanuit een kwalitatieve gezichtshoek, maar ook vanuit een oogpunt van beleid.

Dit laatste ziet men in de rechtspraak over het bestanddeel 'aannemen van een valse hoedanigheid'. Dit bestanddeel wordt in de rechtspleging vooral gehanteerd om strafrechtelijke bescherming te bieden aan bepaalde interactieve structuren in de sfeer van de al dan niet ambtelijke dienstverlening. Het is vanuit die optiek dat men wegen heeft gezocht om deze impliciete misleiding de kwaliteit van een opleuchtingsmiddel toe te kennen. Via een semantische oprekking van de 'valse hoedanigheid' werd die ruimte geschapen. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat een bestanddeel als 'het aannemen van een valse hoedanigheid' uit twee componenten bestaat: allereerst is er de valsheid als zodanig en vervolgens wordt die valsheid ingeperkt door de eis dat sprake moet zijn van een hoedanigheid. Passen we dit toe op HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470 (de zaak van de huurauto)⁴, dan moet de vraag of *de* huurder (in het algemeen) al dan niet als 'hoedanigheid' in de zin van artikel 326 zou kunnen gelden,

4 IV.2.2.2., onder B.

mijns inziens als een te sterke generalisering worden opgevat. De eis dat de hoedanigheid 'vals' is geeft aan dat de omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. De valsheid (in ruime zin) is hier immers een relatief begrip, wat betekent dat de interpretatie van de geadresseerde mede bepaalt of een hoedanigheid 'vals' is. Bovendien is deze valsheid onderdeel van bedrog dat door zijn interactieve karakter samenhangt met de waakzaamheidsplichten van de benadeelde. Met het oog op de genoemde 'barrière van waakzaamheid' die door oplichters moet worden genomen, moet dan ook worden onderzocht of de dader gedragingen heeft verricht (zoals zich vals legitimeren) die kunnen gelden als doorbreken van een in redelijkheid te verlangen barrière van waakzaamheid. Daarmee is immers niet alleen bepaald dat het middel 'vals' was, maar bovendien dat het voldoende 'kwaliteit' had om als oplichtingsmiddel te gelden.

In hetzelfde verband als bij de valse hoedanigheid ziet men ook wel een verruiming van het bestanddeel 'listige kunstgrepen'. De keuze voor dit bestanddeel wordt in de moderne gevallen van oplichting namelijk vaak meer bepaald door de omstandigheid dat de verdachte bepaalde *handelingen* heeft gepleegd — en zich niet bijvoorbeeld van verbale leugens heeft bediend — waartegen de rechter de samenleving wil beschermen, dan dat wordt gekeken naar de bijzondere listigheid die de gedragingen kenmerkt. Het zijn bij uitstek deze meer moderne gevallen die de grenzen raken van wat nog strafbaar zou moeten zijn. Voor een genuanceerde beoordeling van deze gevallen is een differentiërende, individualiserende benadering noodzakelijk.

3 De kwaliteit of beweegkracht; relatie middel-oorzaak

In zijn conclusie voor HR 18 september, NJ 1978, 658 (een van de zojuist besproken kascheque-arresten) merkt A-G Mok op dat enerzijds de vraag of het aanbieden van niet-gedekte kascheques het aannemen van een valse hoedanigheid is en anderzijds de vraag of er een causaal verband bestaat tussen het aannemen van die eventuele valse hoedanigheid en het bewegen tot afgifte van het geld (ingeval die cheques worden geaccepteerd), op hetzelfde neerkomen. De verhouding tussen de rekeninghouder en de —toenmalige— Postcheque- en girodienst vormt immers, aldus Mok, het uitgangspunt bij de vraag of van oplichting sprake is.

Het betrof hier een geval van oplichting behorend tot de categorie waarbij de dader de ander verschalkt door bedrieglijk gebruik te maken van bepaalde —voor misleiding geschikte— omstandigheden.⁵

De visie van Mok lokt een nadere beschouwing uit over de verhouding tussen het oplichtingsmiddel en het oorzakelijk verband. Zoals gezegd gaat het bij oplichting onder meer om het oorzakelijk verband tussen het aanwenden van een bedrieglijk middel en het verkregen resultaat. Dit is in de delictsombschrijving verwoord met 'iemand bewegen tot (een bepaalde prestatie) door (een bepaald oplichtingsmiddel)'.

5 Dit in tegenstelling tot de —klassieke— gevallen van oplichting, waarbij (bedrieglijk) omstandigheden in het leven worden geroepen.

Het door de dader aangewende middel vormt de oorzaak en de prestatie van de bedrogene het gevolg. De kwestie van de oorzakelijkheid kan in verschillende situaties een rol spelen. Allereerst kan het voorkomen dat het effect (het bewogen zijn van de bedrogene tot het verrichten van een van de in de wet genoemde prestaties) niet wordt bereikt. Dit kan liggen aan het middel, maar het kan eveneens te wijten zijn aan andere verhinderende factoren.⁶ De gevallen die de rechter bereiken zijn doorgaans juist die waarbij het effect wel wordt bereikt. De enkele omstandigheid dat iemand bewogen is tot een van de in de wet genoemde prestaties is uiteraard niet voldoende om tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens oplichting te kunnen besluiten. Het is immers mogelijk dat het aangewende middel niet toereikend is geweest om als oplichtingsmiddel in de zin van de wet te worden aangemerkt. De ander is dan weliswaar bewogen, maar dit is niet geschied op de wijze die de wet eist. Er kan dus sprake zijn van een *psychische* causaliteit zonder dat *juridisch* aan de voorwaarde van het oorzakelijk verband is voldaan.⁷

Naast een gebrek in de oorzaak kan het causaal verband ook komen te ontbreken, indien, ondanks de aanwezigheid van een van de wettelijke middelen, in redelijkheid niet kan worden aangenomen dat het zo duidelijk doorslaggevend is geweest bij het bewegen, dat gezegd kan worden dat de benadeelde door dit middel (als oorzaak) is bewogen (het gevolg).

Zowel aan de kant van de oorzaak als aan de zijde van het gevolg kunnen dus gebreken optreden waardoor een oorzakelijk verband wordt verhinderd. Dit geeft aan dat de inwisselbaarheid van middel en causaal verband die Mok voorspiegelt naar mijn mening in elk geval niet *per definitie* opgaat.

De gevallen waarin de benadeelde bewust en openlijk op goed vertrouwen opereert, waardoor de gedraging van de dader neerkomt op een (bedrieglijke) aanpassing aan deze omstandigheden, kunnen echter wel (daarin heeft Mok gelijk) tot verschillende uitkomsten leiden. Zoals aan de orde is gesteld, worden dergelijke gevallen doorgaans met behulp van het semantisch rekbare bestanddeel 'aannemen van een valse hoedanigheid' beoordeeld. De betekenis van dit middel wordt voor een belangrijk deel bepaald door de opstelling die de bedrogene kiest. De dader maakt immers juist gebruik van de zwakke structuren die door zijn slachtoffer in het leven zijn geroepen. Het middel wordt niet gebruikt voor gevallen waarin de dader zelf actief omstandigheden in het leven roept, maar voor situaties waarbij hij zich *aanpast* aan de bewuste omstandigheden.

Aansluitend bij het voorgaande merk ik op dat het de voorkeur verdient om een bewust kwetsbare opstelling van de benadeelde waarvan het niet redelijk is dat deze voor rekening komt van de dader, te verdisconteren in het middel (bijvoorbeeld aannemen van de valse hoedanigheid) en niet pas te verwerken bij de vraag of het redelijk is

6 In dit geval kan nog wel van poging sprake zijn.

7 Dit strookt met de opvatting van Nieboer die inhoudt dat het ('samengesteld') causaal verband per definitie een niet-juridisch oorzakelijk verband (een soort *conditio sine qua non* voor het juridische) veronderstelt en dat er juridische criteria nodig zijn wil het buiten-juridische verband ook in rechte als causaal verband gelden (Schets materieel strafrecht, p. 99).

een bepaald gevolg aan het middel toe te rekenen. In een dergelijk geval wordt de causaliteitsvraag in feite al op het niveau van het middel beslecht. Deze oplossing is, al is zij doorgaans de meest zuivere, echter niet noodzakelijk. De volgende situaties zijn denkbaar.

- (a) De boven genoemde bewust gekozen onnodig-kwetsbare opstelling van de benadeelde (dit zijn doorgaans —maar niet altijd— ‘moderne’ gevallen).
- (b) Het middel kan alleen maar slagen dankzij de onopzettelijke⁸ steun van een derde.
- (c) (Verwant met a) De benadeelde wordt meer gedreven door eigen blinde hebzucht of het wagen van een gokje dan door de geloofwaardigheid van het middel.

In het licht van de omstandigheid dat de rechtspraak de neiging te zien geeft om de oplichtingsmiddelen nogal ruim uit te leggen, biedt de causaliteit een uitweg om de aansprakelijkheid in te perken. Het causaal verband kan komen te ontbreken als in redelijkheid niet kan worden aangenomen dat het middel zo *duidelijk doorslaggevend* (vergelijk het ‘causa movens’-vereiste genoemd in IV.2.3.2.) is geweest bij het bewegen, dat gezegd kan worden dat de bedrogene door dit middel (als oorzaak) is bewogen (het gevolg). Enerzijds kan een uiting van een derde een dusdanig grote invloed hebben op de gedraging van de bedrogene dat deze als hoofdoorzaak van het bedrog moet worden beschouwd. Anderzijds kan de opstelling van het slachtoffer onder omstandigheden als een hoofdoorzaak worden beschouwd van de oplichting (als resultaat). Zowel al te grote gretigheid (vergelijk het voorbeeld in par. 2 van dit hoofdstuk) als onredelijke zuinigheid (vergelijk VI.5.7.) kunnen bijvoorbeeld als relevante hoofdoorzaak gelden.

4 Klassieke adequate veroorzaking is hier inadequaat

De leer van de adequate veroorzaking legt alle nadruk op de vraag of het oplichtingsmiddel in abstracto geschikt, geëigend is gevolgen teweeg te brengen van de soort als in werkelijkheid zijn ingetreden. Is het antwoord bevestigend, dan is er sprake van een middel in de zin van artikel 326.

Bij zo’n generaliserende benadering moet de beweegkracht (misleidende kracht) van het middel in abstracto voldoende zijn om terecht van een middel te kunnen spreken. In tegenstelling tot deze generaliserende benadering komt men bij een meer individualiserende vraagstelling tot een ander resultaat. Dan houdt men meer rekening met de concrete interactie tussen dader en slachtoffer en zal met name de toerusting en houding van laatstgenoemde worden meegewogen als een factor bij de beoordeling van het causale verband.

8 Bij opzettelijke steun zou deze medepleger of medeplichtige zijn.

Aan de generaliserende werking van de toepassing van de klassieke leer van de adequate veroorzaking is een belangrijk bezwaar verbonden dat het duidelijkst blijkt bij de genoemde meer moderne varianten van oplichting, zoals bijvoorbeeld de zaak van de motelgast (NJ 1990, 801). Het hangt samen met het terecht door Mok gesignaleerde feit dat de vraag of in dit soort gevallen van oplichting sprake is uiteindelijk neerkomt op een beoordeling van de onderliggende—geinstitutionaliseerde—verhouding tussen dader en slachtoffer. Uit de eerder genoemde beslissingen van de Hoge Raad kan inderdaad worden afgeleid dat de vraag of het bewuste inspelen op het functioneren van een bepaald systeem als oplichting moet worden aangemerkt, afhangt van de vraag of de bescherming door het strafrecht zich over dat systeem moet uitstrekken. Met andere woorden of het beleidsmatig afzien of afzwakken van controle door het slachtoffer strafrechtelijke bescherming verdient. Aldus wordt het oorzakelijk verband mede door het aspect van waakzaamheid bepaald, waarmee een belangrijk (juridisch) normatief moment⁹ in dat verband wordt verpakt. Dit laatste mag evenwel geen verbazing wekken, omdat vanaf de tijd dat de fysisch georiënteerde leer van de *conditio sine qua non* uit de rechtspraak verdween, een normatief bepaalde causaliteit haar intrede heeft gedaan.¹⁰ Deze normatieve dimensie kan minder goed in de constructie van de algemene voorzienbaarheid worden verantwoord, omdat in de hedendaagse complexe samenleving niet meer kan worden volstaan met het criterium van 'de waakzame burger'. Een meer gedifferentieerde benadering naar verschillende categorieën slachtoffers sluit beter aan bij de moderne tendensen waarbij personen en instanties beleidsmatig afzien van controle (zie hoofdstuk 5, in het bijzonder paragraaf 3.2.). De klassieke leer van de adequate veroorzaking kan aldus een aspect versluieren—te weten dat van de vereiste waakzaamheid bij het potentiële slachtoffer—dat afzonderlijke aandacht verdient omdat het de causaliteitsvraag mede beantwoordt.¹¹ Om die reden wordt een alternatieve benadering van de causaliteit bepleit.

5 Een meer individualiserende benadering nodig

Het inzicht dat oplichtingsgevallen vaak gedifferentieerd en situatief moeten worden beschouwd, heeft consequenties voor de interpretatie van de oplichtingsmiddelen en het daarmee samenhangende causaliteitsoordeel. Bij de hierboven genoemde (te) sterke generalisering wordt het oorzakelijk verband doorgaans aangenomen op de enkele grond dat het voor de gemiddelde persoon in de situatie waarin de verdachte zich bevond algemeen (naar algemene ervaringsregels) bekend is, dat dergelijke gevolgen

9 Zie ook Duisterwinkel, Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, p. 43: "De taak van de causaliteit in het strafrecht is dus aan te geven, welke gedraging met zijn gevolgen juridisch normatief kan worden toegerekend aan een rechtsgenoot."; Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 95.

10 Zie meer uitgebreid over deze ontwikkeling: Nieboer/Strijards, Toerekening van gevolgen in het strafrecht, in: Beginselen (Mulderbundel), p. 228-239.

11 Vergelijk de annotatie van 't Hart bij HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821.

intreden (dat de benadeelde de door de wet genoemde prestatie verricht). Bewijstech-nisch wordt hierbij een dermate grote stap genomen dat voor de kwalificatie van oplichting noodzakelijke aspecten worden ondergeschoven.¹² Een meer situatie-gerichte benadering is nodig om deze aspecten adequaat te verwerken in de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daartoe wordt het beginsel van de redelijkheid in de causaliteitsvraag geïntroduceerd.¹³

De inwisseling van het criterium van de 'algemene voorzienbaarheid' (een feit van algemene bekendheid in de zin van art. 339 lid 2) voor een maatstaf die is gebaseerd op het beginsel van de redelijkheid, betekent evenwel niet dat zonder meer wordt over-gestapt op de leer van de redelijke toerekening. De stelling dat het redelijk is een bepaald gevolg aan deze gedraging toe te rekenen zegt inhoudelijk immers niet meer dan dat het redelijk is de dader aansprakelijk te stellen voor de gevolgen. Zoals in IV.2.3.2 werd aangetoond, functioneert de leer van de redelijke toerekening dan ook louter als een (marginaal) *toetsings*criterium in cassatie, terwijl voor de casuïstische aanpak bij oplichting behoefte bestaat aan een (integraal) *vaststellers*criterium voor de feitenrechter. Hiervoor is het criterium van de adequatie (de passendheid) goed bruikbaar, zij het dat het genuanceerd wordt tot een concrete, geïndividualiseerde pas-sendheid. Aldus wordt voorkomen dat, met gebruikmaking van een vaag criterium als de redelijke toerekening, oncontroleerbare ad-hoc-beslissingen worden genomen. De geïndividualiseerde passendheid biedt immers een objectiveerbaar criterium voor het concrete geval: het bedriegen door deze cliënt van deze bank wordt beoordeeld met een criterium dat geldt voor alle cliënten van alle banken. In het algemeen gesteld: de maatstaf geldt voor soortgelijke interactiepartners in soortgelijke situaties. De genoemde individualisering duidt dus niet op individuen, maar op situaties waarin misleiding kan plaatshebben. Bezien vanuit het eerder gepresenteerde uitgangspunt dat 'de gemiddelde waakzame burger' geen geldige maatstaf vormt, moet de totale sfeer waarin oplichting plaatsheeft worden opgesplitst in activiteitengebieden¹⁴ die elk hun eigen game- en goalrules bezitten.¹⁵

De rechter zou hierop moeten toezien. Hij zal zich een beeld moeten vormen van de controlemogelijkheden van de bedrogene. Het gegeven dat hij minder gemakkelijk patronen als vaststaande gangen van zaken aanneemt, maar zich sterker oriënteert op het veld waarin de interacties zich voltrekken, brengt met zich mee dat hij over zijn bevindingen ook verantwoording moet afleggen. Met de woorden van 't Hart: "hij moet zijn normatieve keuzen expliciet maken en argumenteren, en daardoor zelf de

12 Vergelijk Nijboer, boekbespreking, *Recht en kritiek* 19 (1993), p. 109.

13 Vergelijk Knigge die erop wijst dat de uit het civiele recht afkomstige leer van de redelijke toerekening ruimte biedt om, naast het aspect van de voorzienbaarheid, tevens rekening te houden andere factoren. De leer van de redelijke toerekening is met andere woorden meer geschikt voor een casuïstische aanpak (Knigge, *Doen en laten*; enkele opmerkingen over ouderschap, DD 22 (1992), p. 131). Zie ook Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, p. 42; Vellinga, *Voorzienbaarheid en redelijke toerekening*, DD 10 (1980), p. 115.

14 Zie voor deze term Schwitters, *Afscheid van schuld, niet zonder risico*, *Recht en kritiek* 12 (1986), p. 154.

15 Zie par. 5.1, slot.

mogelijkheid scheppen van meta-juridische kritiek vanuit de samenleving waarin hij het al dan niet (en meer of minder) onjuist zijn van zijn beslissing moet verifiëren.¹⁶ Aldus kan hij aan de hand van zijn motivering normen ontwikkelen.¹⁷

6 Verwijtbestanddelen

6.1 *Dolus in artikel 326*

Uit de analyse in V.2.2. bleek dat bedrog een complex begrip is dat zowel de ongeoorloofdheid (onrecht/wederrechtelijkheid¹⁸) als de bewustheid (aanknopingspunt voor het verwijt) van het gebruik van valsheid impliceert. Op deze plaats wordt bezien hoe deze elementen bij oplichting in wetgeving en rechtspraak hun weerslag hebben gekregen.

Artikel 326 beschrijft een bedriegende gedraging. De beschrijving (de aanwending van een oplichtingsmiddel om iemand te bewegen enzovoort) geeft niet alleen weer dat het om een afkeurenswaardige gedraging gaat, maar tevens dat deze bewust (met opzet) geschiedt. Het opzet is hier geïmpliceerd. Op verschillende gronden hoefde de wetgever hier het opzet niet te vermelden. In de eerste plaats vanwege de vermelding van het oogmerk. De wetgever stond namelijk op het standpunt dat als hij ergens in de delictsomschrijving oogmerk eiste, dat betekende dat *dolus* werd geëist op het gevolg.¹⁹ Voor oplichting, waarin het oogmerk (van wederrechtelijke bevoordeling) is opgenomen, betekent dit dat het overbodig was om daarnaast ook nog eens opzet te vermelden. Het oogmerk bij oplichting wordt dus geacht (als *dolus*vorm) de middelen én het directe resultaat daarvan te omvatten: "als je door dit alles te doen *beoogt* jezelf te bevoordelen, dan doe je 'dit alles' *bewust, expres*, dus met opzet". Bovendien brengt het spraakgebruik mee dat het oogmerk gericht is op de bestanddelen die erop volgen (IV.2.4.3.).

Een tweede reden waarom de wetgever de *dolus* niet afzonderlijk hoefde te vermelden is dat de middelen met behulp van de taal zodanig (kunnen) worden aangeduid, dat ze niet culpoos of in dwaling kunnen worden aangewend. Expliciete vermelding van 'opzettelijk' zou hier alleen al uit taalkundig oogpunt *overbodig* zijn geweest.

Naast deze *dolus*-eis werd, zoals bij vele andere misdrijven, de (bedriegende) gedraging van een aansprakelijkheidsbegrenzing voorzien in de vorm van een bijkomend

16 't Hart, *Strafrecht en beleid*, p. 91.

17 Hier ligt ook een taak voor de advocatuur om de rechter tot een genuanceerde benadering van oplichtingsgevallen te prikkelen en zodoende voor een ongewenste grensverlegging van de strafrechtelijke aansprakelijkheid te waken.

18 De eerste term wordt gebruikt door Nieboer (zie zijn Schets materieel strafrecht, m.n. p. 81 e.v.), terwijl Machielse en Schaffmeister in reactie op de Schets de voorkeur geven aan de term 'wederrechtelijkheid' (zie van het laatstgenoemde schrijversduo: 'Onrecht en zorgplicht' in: De schets nader bekeken, p. 36-39). Het voert mij in het bestek van deze studie te ver mij in deze discussie te mengen.

19 Zie hierover Nieboer, *Wetens en willens*, p. 26.

oogmerk, te weten dat van wederrechtelijke bevoordeling.²⁰ Dit maakt de oplichting bij uitstek tot een vermogensdelict.

6.2 *Dolus-begrip en dolus-bewijs*

De praktijk van de rechtspleging toont een spanning tussen de materiële dogmatiek en het bewijsrecht. Concreter: tussen het *dolusbegrip* en het *dolusbewijs*.²¹ Omdat het technisch onmogelijk is om een blauwdruk te krijgen van een bepaalde geestesgesteldheid (men kan immers niet onder iemands schedeldak kijken), moeten andere wegen worden gezocht om betrouwbare informatie te verkrijgen over de zieleroerselen van de verdachte op het moment van de gewraakte handeling.²² De rechter moet informatie inwinnen om de gewraakte gebeurtenis te kunnen reconstrueren. Een bekentenis van de verdachte levert uiteraard de meest directe aanwijzing op. Bij een ontkenning kan, langs de weg van getuigenverklaringen, worden gekeken naar de taal van de gedraging van de verdachte. Naarmate een gedraging sprekender is, geeft zij meer informatie over het opzet. Het iemand slaan met een honkbalknuppel en het schieten met een wapen in de richting van een persoon laten weinig ruimte voor misverstanden aangaande het opzet (op mishandeling en eventueel doodslag). Vitale, bijvoorbeeld driftmatige gedragingen zijn wat dat aangaat veel informatiever dan bedrogs- en valsheidsgedragingen.²³ Soms is een gedraging zelfs dermate weinigzeggend dat een verklaring van de verdachte over zijn opzet onontbeerlijk is. De (meer moderne) oplichtingsgevallen waarbij de verdachte zich door een op zichzelf nietszeggende gedraging aanpast aan bepaalde omstandigheden vormen hiervan een voorbeeld. Weliswaar geeft de context hier een vingerwijzing, de kwalificatie 'oplichting' vereist echter het bewijs van een *vooropgezet* plan om niet te presteren. Indien dat plan op geen enkele wijze wordt veruiterlijkt, is een bekennende verklaring van de verdachte nodig om het bewijs van oplichting rond te krijgen. In het arrest van de huurauto kon het vooropgezette plan om de auto niet terug te brengen (maar te verkopen) slechts worden aangetoond aan de hand van de bekennende verklaring van de verdachte.²⁴ Maar ook als die bekentenis niet per se noodzakelijk is, mag worden aangenomen dat het Openbaar Ministerie een verklaring van de verdachte zal proberen te krijgen. Als dit niet lukt gaat men in de praktijk over tot bewijslevering door aan-

20 Voor het tweeledige dolus-vereiste in de delictsomschrijving van oplichting: III.3.3.4.

21 Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 150.

22 Vergelijk Groenhuijsen, Schuld en boete, een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid in: Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit, p. 46.

23 Nieboer, Wetens en willens, p. 10.

24 HR 1 februari 1983, NJ 1983, 470. Zie ook de grens met verduistering (IV.2.2.2., onder B). Dezelfde afhankelijkheid van een bekentenis geldt overigens voor (onder andere) HR 22 mei 1990, NJ 1990, 801 (zie IV.2.2.2., onder B).

wijzingen, door generalisering²⁵, of door het *veronderstellen* van het oogmerk (van wederrechtelijke bevoordeling) ingeval de kennelijke strekking van de gedraging duidelijk is. In het vervolg zal worden gezien welke betekenis deze frictie tussen dogmatiek en praktijk, tussen dolusbegrip en dolusbewijs kan hebben voor de dolus in artikel 326. Uitgangspunt zal in elk geval moeten zijn dat dolusbegrippen dienen te anticiperen op hun hanteerbaarheid voor het bewijs: de dogmatiek staat immers in dienst van de praktijk (en niet andersom).²⁶

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de twee dolusvarianten die artikel 326 bezit: het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling en het (impliciete) opzet dat gepaard gaat met het bedriegen van een ander (opzet op het bewegen tot een bepaalde prestatie met behulp van een oplichtingsmiddel).

6.3 Het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling

6.3.1 Wetgever van 1881; oogmerk en 'kenlijk doel'

Reeds vanaf de totstandkoming van het wetboek van strafrecht heeft het oogmerk als zodanig tot lastige problemen aanleiding gegeven. Nieboer heeft daar in zijn oratie, genaamd 'Wetens en willens', uitvoerig op gewezen. Hij stond in dat verband onder meer stil bij de worsteling die de wetgever had met het uitdrukken van de 'animus injuriandi' in de delictsomschrijving van belediging (art. 261). Het O.R.O. noemde 'het oogmerk om te beledigen'. De Commissie van Rapporteurs vond evenwel 'opzet' voldoende, omdat men ook (met opzet) kon beledigen met het oogmerk om te verbeteren. De beledigde had aanspraak op de bescherming van de strafwet onafhankelijk van het subjectieve doel dat de belediger zich had gesteld. "Bovendien", zo vervolgt de commissie, "zal het oogmerk om te beledigen in vele gevallen niet zijn te bewijzen tenzij men, met de bestaande rechtspraak, dit oogmerk geregeld uit de gebezigde woorden zelve afleidt. Maar als men dat doet, erkent men dat het eigenlijk

25 Nieboer spreekt in dit verband van een 'normaliteitssyllogisme': vanuit ervaringsregels spiegelt hij de normale mens voor. Indien deze in een bepaalde situatie wordt geacht opzet gehad te hebben (bijvoorbeeld door het hebben van een bepaalde wetenschap) dan heeft de verdachte die ook een normaal mens is (tot dezelfde categorie behoort als de referentiefiguur) ook opzet. Wetens en willens, p. 7.

26 Vergelijk Groenhuijsen, waar deze stelt: "Het leidt namelijk tot de paradoxale situatie dat het systeem alleen effectief kan werken wanneer het de eigen uitgangspunten relativeert. Iets scherper gezegd: hoe meer waarde wordt toegekend aan de geproclameerde premissen, hoe onmachtiger het strafrecht zou worden. Nog korter: rechtlijnigheid leidt tot impotentie." (Groenhuijsen, Schuld en boete: een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid in: Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit, p. 47). Het is vanuit deze optiek dat Nieboer het opzet definieert als 'wetens en willens'. Hij legt de nadruk op het weten om te voorkomen dat juristen verstrikt raken in psychologische bespiegelingen over de opstelling van de verdachte (Schets materieel strafrecht, p. 154 e.v.; zie ook Nieboers oratie getiteld 'Wetens en willens'). "Het materiële strafrecht moet begrippen ontwerpen die hanteerbaar zijn en deze eis dwingt ertoe rekening te houden met hun bewijsbaarheid", aldus Nieboer (Schets materieel strafrecht, p. 162).

bij den dader aankomt niet op het oogmerk, maar op de wetenschap dat het feit, objectief beschouwd, beleedigend is".²⁷ De specifieke wilsricting, uitgedrukt door het oogmerk, is dan ook in het uiteindelijk gepresenteerde ontwerp vervangen door een uitdrukking met een meer finaal karakter, te weten 'het kenlijk doel' om daaraan (een bepaald tenlastegelegd feit) ruchtbaarheid te geven. Het 'kenlijk doel'²⁸ lijkt niet anders dan een volledig geobjectiveerd oogmerk.²⁹ Grensproblemen tussen oogmerk en —het door de wetgever irrelevant geachte— motief werden door deze oplossing voorkomen.

6.3.2 Moderne gedragingsopvatting

De problemen die ontstaan door de moeilijke bewijsbaarheid van de specifieke wilsricting (het oogmerk), hangen onverbrekkelijk samen met de wijze waarop men 'de gedraging' opvat. Als men de gedraging ziet als een objectieve fysieke beweging krijgt de dolus een andere theoretische plaats dan ingeval de gedraging (met Peters³⁰) wordt gezien als 'intentionele betekeniseenheid in een normatief stelsel'. De dolus is dan namelijk inherent aan de (intentionele) gedraging, valt samen met de doelgerichtheid daarvan. Peters spreekt over de 'intentionele betrokkenheid op een doel'.³¹ Loth verwoordt deze —door Glastra van Loon geïmporteerde³²— optiek als volgt: "Wanneer we bijvoorbeeld van iemand zeggen dat hij handelt met een bepaalde bedoeling, dan zeggen wij niet dat hij eerst iets wil en vervolgens zijn lichaam beweegt. Met zo'n uitspraak duiden wij veeleer een eigenschap van zijn gedraging aan". Men zou dan ook kunnen zeggen dat 'de gedraging' als zodanig niet bestaat.³³ 'De gedraging' kan worden beschouwd als een abstractie, die betekenis krijgt afhankelijk van hoe zij wordt 'gezien', wordt beschreven. Peters voert deze opvatting verder: hij stelt dat het (zelfs) irrelevant is wat de dader op het moment dat hij de gedraging stelde werkelijk dacht of voelde; het gaat er louter om hoe die gedraging er voor de buitenwereld 'uitzag', welke sociale betekenis zij heeft. "De vraag is niet: wat dacht of wat wilde de dader toen hij schoot?, maar: pleegde hij een doodslag!"³⁴ Zoals ook

27 Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, deel II, p. 371.

28 Inmiddels is artikel 261 aangepast aan het moderne taalgebruik en spreekt het van 'het kennelijke doel'.

29 Nieboer, *Wetens en willens*, p. 32.

30 Peters ontleende deze handelingsleer aan Duitse dogmatici, met name H. Welzel (Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht*, p. 50 e.v.).

31 Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht*, p. 32 e.v.

32 Volgens Loth heeft Glastra van Loon de optiek van de 'eenheid van handelen' ontleend aan Gilbert Ryle (*The concept of mind*, Penguin 1980). Zie van de hand van Glastra van Loon: *Norm en handeling*, m.n. p. 82.

33 Loth, *Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht*, in: *De schets nader bekeken*, p. 24 en 26.

34 Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht*, p. 117. Vergelijkbare denkbeelden treft men aan bij schrijvers als Frenkel en Bos. Hun opvatting komen grofweg neer op het volgende: schuld wordt op een twijfelachtige grondslag *toebedeeld*. De grondslag wordt immers gevormd door heteronome normatieve elementen die niet op wetenschappelijk verantwoorde wijze kunnen worden herleid tot

later (par. 6.3.4.) zal blijken, wil ik zover niet gaan. Met Loth meen ik dat de gedraging tenminste twee dimensies heeft. In de beschouwing van de (bedriegende) gedraging opgevat als taalhandeling kwamen deze dimensies al tot uitdrukking (V.3.). Niet alleen is de gedraging verbonden met allerlei gewoontes, regels, praktijken en andere contextuele factoren (sociale dimensie), maar tevens wordt de gedraging verricht door een dader en heeft zij voor hem een persoonlijke betekenis: zij staat in verband met allerlei individuele factoren, zoals intenties en capaciteiten (individuele dimensie). Een sociale interactie kan alleen verklaard worden door beide dimensies op elkaar te betrekken, aldus Loth. Een zinvolle interactie kan immers niet plaatshebben als de deelnemers de betekenis van elkaars gedragingen niet begrijpen. Hiervoor is in de eerste plaats nodig dat de partners elkaars sociale context kennen.³⁵ Daarnaast heeft elke partner zijn eigen individuele plan, intentie, bedoeling. De kloof tussen beide dimensies "wordt overbrugd doordat de actor de betekenis bedoelt die de gedraging heeft (vergelijk 'meaning' en 'to mean') en doordat de toeschouwer de gedraging in die betekenis begrijpt."³⁶ Het is juist die 'overbrugging' waarin het bezwaar tegen Peters' opvatting schuilt. Met Nieboer ben ik namelijk van mening dat wij als medemens de taal van de daden heel goed verstaan, ook met betrekking tot hetgeen er bij de dader direct 'achter zit'. Ons invoelend vermogen, onze intuïtie staat ervoor garant dat we weet hebben van wat onze medemens 'beweegt'. De aldus verkregen informatie is ook voor de rechter toegankelijk, zij het via de indirecte waarneming, door reconstructie daarvan uit de stukken en uit het onderzoek der terechtzitting.³⁷ Dat ik niet helemaal met Peters wenst mee te gaan, neemt niet weg dat zijn opvattingen een waardevol aanknopingspunt vormen om de oogmerk-problemen te lijf te gaan. In de opvatting van de wetgever is de gedraging immers doorgaans een fysisch substraat. De gedraging zelf is daardoor in principe normneutraal, terwijl deze (bijvoorbeeld) door de toevoeging van een bepaald oogmerk betekenis krijgt. De wetgever had het oogmerk dan ook aldoor nodig om te gedraging betekenis te geven. De handeling is echter veel rijker, zij bevat een scala van betekenissen.³⁸ Door het opvatten van de gedraging als een 'betekeniseenheid'³⁹, ontstaat er ruimte om de gedraging zelf inhoudelijk in te vullen met allerlei kenmerken (eigenschappen, betekenissen). Voor het strafrecht zijn dan met name van belang de kenmerken van de gevaarlijkheid (causaal) en van de kennelijke strekking (finaal). De aard van de

de verdachte als oorzaak van de gewraakte gebeurtenis (Frenkel, De onwetenschappelijkheid van het strafrecht, p. 121-153; Bos, Het schuldoordeel als machtswoord, *Recht en Kritiek* 8 (1982), p. 5-42). Zie hierover ook: Nijboer, Schuldconcept en schuldbeginnsel als oriëntatiepunten in het strafrecht, *Recht en Kritiek* 15 (1989), p. 363-383. Nijboer is zelfs overigens minder radicaal. Hij meent dat aan schuldconcept en schuldbeginnsel zeker betekenis toekomen. Hij ziet het schuldbeginnsel als structuurbeginnsel, maar signaleert tegelijkertijd de in zijn ogen spijtige tendens in de rechtspraak om dit beginnsel louter als kritische toetssteen te hanteren.

35 Zie ook Glastra van Loon, Norm en handeling, p. 257-259.

36 Loth, Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht, in: De schets nader bekeken, p. 30-31.

37 Nieboer, Wetens en willens, p. 8 en 16 (met verwijzing naar F.J.J. Buytendijk).

38 Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 3.

39 Glastra van Loon, Norm en handeling, p. 259.

handeling geeft vaak al voldoende informatie over de doeleinden en mogelijke gevaren die door die handelingen worden gerealiseerd.⁴⁰ Vanuit die optiek is een expliciet oogmerk vaak niet nodig. Mocht de handeling toch een andere betekenis hebben dan werd verondersteld, dan is er geen handeling 'in de zin van de wet'.

6.3.3 Eliminatie van oogmerk (*de jure constituendo*)

Het oogmerk (van wederrechtelijke bevoordeling) heeft zich ook in de rechtspraak gemanifesteerd als een problematisch verschijnsel. In het vierde hoofdstuk (par. 2.4.1.) kwam reeds ter sprake dat vaak moeilijk te bewijzen is dat de verdachte het delictsoogmerk had. De daar aangehaalde gevangenisvoedselarresten tonen verschillende varianten waarin de oogmerkeisen worden afgezwakt. De Hoge Raad volgt in het tweede arrest (HR 5 januari 1982, NJ 1982, 232) een causale gedachtengang: de voedselverstrekking was het noodzakelijk en dus gewilde gevolg van verdachtes misleidende gedraging. De daaraan voorafgaande uitspraak van het hof is echter meer in finale termen vervat: "het handelen was erop gericht (...), terwijl verdachte zich van dit alles bewust moet zijn geweest (...)".

Deze —en andere— uitspraken hebben aangetoond dat het oogmerk, vooral door bewijspresumpties⁴¹, aan betekenis heeft ingeboet.⁴² Doorgaans wordt het afgeleid uit de soort gedraging. Soms wordt niet meer geëist dan opzet, gericht op de strekking van de gedraging. In andere gevallen eist de rechter bewustheid van de (al dan niet aanmerkelijke) kans op een gevolg. Mijns inziens doen we er goed aan het oogmerk in de toekomst te vermijden. Het oogmerk**begrip** stelt immers te hoge eisen, zodat een te grote kloof ontstaat tussen begrip en bewijs. Een herziening van het delictsoogmerk in artikel 326 is daarom op zijn plaats. In de eerste plaats moet, in de lijn van Peters, de gedraging als betekenis eenheid als uitgangspunt worden gehanteerd (voorzover dit in de praktijk niet al geschiedt). De soort, het type gedraging staat voorop. Bij oplichting geeft de aard van de gedraging echter niet altijd even duidelijke informatie (doodslag en mishandeling zijn bijvoorbeeld veel sprekender en eenduidiger). Het grote aandeel van de 'goalrules' (ten opzichte van de 'gamerules') in de sfeer van bedrog (VI.5.5.), met andere woorden het feit dat de wetgever aan de (handels)partners vele wegen heeft gelaten om hun handelingsplannen te realiseren, ligt hieraan ten grondslag.

Niettemin moet de soort gedraging het uitgangspunt vormen. Met Nieboer⁴³ meen ik evenwel dat Peters te ver gaat wanneer hij betoogt dat het opzet *opgaat* in de ge-

40 Doorgaans zeer 'sprekend' zijn de gedragingen bij bijvoorbeeld mishandeling en doodslag. Bij oplichting is dit wat minder eenduidig (zie par. 6.3.3.).

41 Overigens is dit verschijnsel niet beperkt tot het oogmerk. In het algemeen geldt dat dogmatisch moeilijk te hanteren begrippen vaker door bewijspresumpties hanteerbaar worden gemaakt.

42 Zie ook IV.2.4. Meer over de betekenis van het oogmerk in de rechtspraak in het algemeen: Brouns, Opzet in het wetboek van strafrecht, p. 169-199.

43 Wetens en willens, p. 15-16.

draging. Een dergelijke opvatting zou ook in strijd zijn met wat in het vijfde hoofdstuk werd benadrukt, te weten dat het woord 'bedrog' in onze taal twee elementen bevat: enerzijds het *ongeoorloofde* van de hantering van de valsheid, anderzijds de *bewustheid* van dat gebruik (V.2.2.). Alleen al het taalgebruik leidt er mijns inziens toe dat de *dolus* een eigen plaats dient te behouden (zie ook de argumenten in 6.3.2.). Handhaving van de *dolus* als afzonderlijk bestanddeel neemt evenwel niet weg dat het wenselijk blijft de *dolus*-vorm 'oogmerk' te elimineren.

In eerste instantie moet dus gekeken worden naar de gedraging. Eerder (par. 6.3.2.) werd gesteld dat men in de gedraging bepaalde kenmerken kan opnemen. Men kan bijvoorbeeld uitgaan van de kennelijke strekking, het kennelijk doel, de tendentie van een gedraging. De aard van de gedraging is zodanig dat zij tendeert naar het in de wet genoemd gevolg.⁴⁴ Toegespitst op oplichting impliceert deze finale optiek een ex-post-oordeel over de bruikbaarheid van het middel (de bedriegende handeling) voor het bereiken van het doel (de bevoordeling). Juist dit ex-post-karakter van deze benadering is evenwel bezwaarlijk. Bij oplichting zal deze benadering vaak niet voldoen omdat de gedragingen daar zó weinigzeggend kunnen zijn dat het toekennen van een 'kennelijke strekking' vaak neerkomt op een ex-post-oordeel waarover nauwelijks discussie mogelijk is. Een causale benadering lijkt meer solide, omdat hiermee *alle* vormen van oplichting kunnen worden benaderd. In de plaats van een middel-doel-benadering (de finaliteit) richt de causale benadering zich op oorzaak en gevolg. Zij sluit beter aan bij algemene ervaringsregels, terwijl de kansschatting een ex-ante-oordeel is. In plaats van te werken met een begrip als 'strekking', past bij de causaliteit een oriëntatie op het *gevaar* dat de gedraging teweegbrengt. De oorzaak-gevolg-benadering lijkt daarom een betere basis te vormen voor de motivering van de beslissing, mede omdat zij meer ruimte laat voor een inbreng van de verdachte. Spreekt men immers van 'gevaar' dan impliceert dat de mogelijkheid en de plicht van verder handelen af te zien (of van actief ingrijpen om een procedure te stoppen) vanaf het moment dat het gevaar in het leven wordt geroepen, teneinde het gevreesde en gewraakte gevolg te voorkomen. Er bestaat aldus een 'stuk realiteit' waarover de verdachte zijn verhaal kan doen. Bij een finale benadering (de strekking wordt ex post vastgesteld) heeft de verdachte hoogstens achteraf de gelegenheid om aannemelijk te maken dat de zaken toch anders liggen. Vooral waar de gedraging weinig sprekend is (wat juist bij de meer moderne gevallen vaak het geval is), is de strekking minder grijpbaar dan de causaliteit en kan mijns inziens beter gewerkt worden met termen als 'gevaar', 'aanmerkelijke kans' en dergelijke. 'Gevaar' kan worden omschreven als de kans op een gevolg en wel in een pejoratieve betekenis. Het strafrecht eist niet alleen een kans, maar een *onaanvaardbaar grote kans*.^{45/46} Bij oplichting kan het

44 De *kennelijke* strekking van de gedraging moet goed worden onderscheiden van de bewustheid aangaande dat gevolg. Deze ligt namelijk besloten in de *dolus*-eis: de verdachte moet zich van de genoemde tendens bewust zijn.

45 Nieboer, Schets materieel strafrecht, p. 91 en 99-100.

gevaar worden gezien als de kans dat als gevolg van het gebruiken van de valsheid een waakzame rechtsgenoot wordt bewogen tot een van de in de wet genoemde prestaties. Die (onaanvaardbare) kans mag uiteraard niet ex-post worden bepaald. Het vormt een miskenning van de zelfstandige betekenis van de oplichtingsmiddelen als uit het feit dat het slachtoffer werd benadeeld wordt afgeleid dat de verdachte dús een onaanvaardbare kans op dit nadeel heeft geschapen.

De voorkeur voor de causale benadering vormt bovendien een extra argument voor de vervanging van het oogmerk —dat een finale betekenis heeft.

Voor oplichting kom ik zo tot de volgende constructie.

Het oogmerk komt te vervallen. Aangezien het een en ander in causale termen moet worden gegoten, dient het bevoordelingsoogmerk te worden omgebogen tot *het besef dat een ander wordt benadeeld*. De bevoordeling en de benadeling zijn immers twee kanten van dezelfde medaille en nadeel laat zich beter in gevolgst termen omschrijven. In eerste instantie moet worden vastgesteld dat de bedriegende gedraging een onaanvaardbare kans schept op nadeel voor een ander.⁴⁷ De dader moet zich bovendien van die kans *bewust* zijn geweest. Hij kan de ander immers ook onbewust en onbedoeld, bijvoorbeeld onder invloed van dwaling, hebben misleid (in een dergelijk geval ontbreekt zelfs het opzet op de bedriegende gedraging —en a fortiori dat op de benadeling). De bewuste gedraging kan hem dan niet *verweten* worden. Wordt de delictsomschrijving aldus aangekleed, dan worden verweren die het delictsoogmerk ontkennen voorkomen (terwijl weerlegging van een dergelijk verweer bij een strict respecteren van het oogmerk *begrip* niet eens mogelijk is).

‘Het besef (dat een ander wordt benadeeld)’ kan mijns inziens het beste tot uitdrukking worden gebracht door het woord ‘opzettelijk’. Een term als ‘wetende dat’ zou goed denkbaar zijn, maar kan gemakkelijk aanleiding geven tot discussies over de vraag of voorwaardelijk opzet al dan niet in de term begrepen is.⁴⁸ Door gebruik van de term ‘opzettelijk’ worden dergelijke discussies vermeden en wordt openlijk het voorwaardelijk opzet toegelaten.

In het licht van de totale delictsomschrijving verschijnt het volgende perspectief.

In de eerste plaats is men strafrechtelijk aansprakelijk als men zich van de in de wet genoemde methoden bedient (de oplichtingsmiddelen). Daarmee schept men een onaanvaardbaar grote kans op misleiding van de ander.

In de tweede plaats moet die misleiding resulteren in een door een ander verrichte prestatie. De gedraging van de bedrieger moet een onaanvaardbare kans op benadeling scheppen. Van het opnemen van de *mogelijkheid* van benadeling zal mijns inziens

46 Tenzij de wet anders bepaalt —zoals in artikel 25 WVV— waar niet alleen het gevaar wordt genoemd, maar ook de *mogelijkheid* van gevaar, de kans op een kans.

47 De vraag onder welke omstandigheden die kans onaanvaardbaar is, is in het voorgaande, bij de behandeling van de causaliteit, uitvoerig besproken.

48 Vergelijk HR 16 februari 1993, NJB-katern 1993, p. 234, nr. 89. De Hoge Raad heeft in deze uitspraak bevestigd dat onder de in artikel 416 eerste lid, onder a (nieuw) Sr voorkomende woorden ‘terwijl hij (...) wist dat het een door het misdrijf verkregen goed betrof’ mede voorwaardelijke opzet moet worden begrepen.

moeten worden afgezien, om een betekenisuitholling tegen te gaan zoals die zich ook heeft gemanifesteerd bij 'mogelijk nadeel' in artikel 225.⁴⁹ In de lijn van HR 20 januari 1913, W 9453 is mijns inziens voor 'benadeling' voldoende dat de ander wordt bewogen tot het verrichten van een van de in artikel 326 genoemde prestaties, terwijl hij daartoe niet verplicht was en zich niet wilde verbinden, ook al was de mogelijkheid niet uitgesloten dat tegenover die prestatie gelijkwaardige of zelfs grotere voordelen stonden, die hij echter niet wilde bedingen. Zou deze gedachtengang door de wetgever worden overgenomen (waar veel voor pleit), dan zou zelfs de zinsnede over de benadeling kunnen vervallen: het kan begrepen worden onder de prestatie die door de bedrogene wordt verricht.

In de derde plaats moet (als de benadeling uitdrukkelijk in de wet wordt opgenomen) de verdachte zich van de benadeling bewust zijn geweest, althans willens en wetens de aanmerkelijke kans op nadeel hebben aanvaard.

In de vierde plaats is er de wederrechtelijkheid. Hiervoor wordt een alternatieve regeling bepleit in de vorm van een strafvermindingsgrond (zie hieronder: par. 7). Voor de volledigheid noem ik nog het vereiste effect, het resultaat van de misleiding: de ander wordt bewogen tot een van de in de wet genoemde prestaties.

6.4 Impliciete dolus

Zonder *uitdrukkelijke* vermelding van de dolus (om redenen die in het voorgaande zijn vermeld) eist de delictsomschrijving van oplichting wel degelijk het *opzettelijk* met behulp van een oplichtingsmiddel een ander bewogen tot een van de in de wet omschreven prestaties (de afgifte van een goed etc.). Het kan immers ook voorkomen dat de dader een ander onbewust, bijvoorbeeld in dwaling, op het verkeerde been zet (zie voorgaande paragraaf).

Ook hier moet de dolus worden opgevat als een extra eis, naast de gevaarzetting die aan de misleidende gedraging van de dader is verbonden. De beweegkracht van het oplichtingsmiddel zegt uiteraard nog niets over het opzet van de dader om te bedriegen. In eerste instantie moet dus vastgesteld worden dat er een onaanvaardbare kans bestaat dat de ander wordt bewogen. Bovendien moet de dader zich van die kans bewust zijn geweest. In veel gevallen zal de dader zich door zijn (bedriegende) gedraging al dusdanig 'laten kennen' in zijn (subjectieve) streven naar een doel⁵⁰, dat het bewijs van zijn opzet niet moeilijk meer zal zijn. Dit geldt vooral de 'klassieke' gevallen, maar ook modernere varianten.⁵¹ Voor die (moderne) gevallen van oplichting die zich kenmerken door weinig- of nietszeggende gedragingen zal dit juist minder eenvoudig zijn.⁵² De verklaring van de verdachte is hier dan ook, zoals gezegd, vaak onontbeerlijk voor het bewijs.

49 Dit vereiste is dan ook onlangs, bij Wet van 4 juni 1992, Stb. 287, geschrapt.

50 Zie Nieboer, Wetens en willens, p. 17.

51 Gedacht kan worden aan het onbevoegd gebruiken van een magneetstripkaart van een ander.

52 De zaak van de motelgast (IV.2.2.2., onder B) is hiervan een sprekend voorbeeld.

7 Wederrechtelijkheid — een tussenweg

Er is wellicht iets voor te zeggen om het vereiste van wederrechtelijkheid afzonderlijk op te nemen in een tweede lid en wel als bijzondere persoonlijke⁵³ strafvermindingsgrond. Een dergelijke grond sluit beter aan bij de oorspronkelijke overwegingen van de wetgever (die hij overigens niet heeft gerealiseerd) om in plaats van 'wederrechtelijk' een algemene strafuitsluitingsgrond te formuleren (zie III.3.7.). Bij veel delicten, waaronder oplichting, wordt het bestanddeel 'wederrechtelijk' in de praktijk immers eigenlijk als een bijzondere strafuitsluitingsgrond gehanteerd: 'het is wederrechtelijk, tenzij blijkt dat in dit bijzondere geval een eigen recht bestond' (zie IV.2.4.2.).

Bovendien voorkomt deze tussenweg knagende gevoelens van onrechtvaardigheid na een vrijspraak van de verdachte. Immers weliswaar is de gedraging niet wederrechtelijk als de verdachte recht had op een vordering, niettemin heeft die verdachte zijn vordering verkregen via door de wet gediskwalificeerde middelen. Om dit gegeven te verdisconteren zou aan artikel 326 een tweede lid kunnen worden toegevoegd waarin strafvermindering —met bijvoorbeeld tweederde— wordt geregeld voor gevallen waarin de oplichting uitsluitend dient tot inning van een vordering die de dader krachtens overeenkomst of gezag van gewijsde op de benadeelde heeft. Een dergelijke regeling geeft de verdachte bovendien een geschreven verweer waarop de rechter —ingevolge artikel 358 lid 3— moet reageren (zie VIII.5 voor een voorgestelde redactie van dit tweede lid).⁵⁴ Het Medemblikse schoolhoofd (zie voor het gelijknamige arrest IV.2.4.2) —om een voorbeeld te noemen— zou bij het bestaan van een regeling als de voorgestelde vermoedelijk daaronder vallen.

53 Conform art. 50.

54 Vergelijk het slot van IV.2.4.

Nabeschouwing en vooruitblik

1 Inleiding

Het in deze studie steeds terugkerende thema van de verwevenheid van bedrog en valsheid is representatief voor het historische gegeven dat bedrog en valsheid zich al eeuwenlang in onlosmakelijke verbondenheid in taal en recht manifesteren. Daarom is elke poging tot een definitieve scheiding gedoemd te mislukken. Overlappingsen blijven onontkoombaar. Ons verhaal over bedrog en valsheid eindigt dan ook niet in een bevrijdende ontknoping, maar het pleit meer voor een berusting in het onvermijdelijke. De vervlechting van bedrog en valsheid is namelijk een eeuwenoud gegeven. Dit doet niets af aan de noodzaak van tijd tot tijd te komen tot een herschikking van die verhouding als de ontwikkeling daarom vraagt. Duidelijk blijkt dit uit het wetsontwerp inzake wijzigingen van enige bepalingen inzake valsheid in geschrift in het wetboek van strafrecht (KII, 1988-1989, 21 186). In het navolgende zal dat, vanuit een optiek die teruggrijpt op de vorige hoofdstukken, in grove trekken worden besproken. Het past niet in het bestek van deze studie om uitgebreid in te gaan op allerlei positiefrechtelijke kwesties. Anderen (met name Bakker en Verheul) hebben dat reeds in gedegen proefschriften gedaan.¹

2 ‘Gematerialiseerde’ valsheid wint terrein

In de voorgaande hoofdstukken is duidelijk geworden dat valsheid en bedrog in een complexe verhouding staan ten opzichte van elkaar. Valsheid kan in haar meest uitgesproken vorm (gematerialiseerde valsheid) voorkomen los van bedrog. Bedrog kan evenwel niet zonder valsheid. De wetgever heeft bepaalde vormen van valsheid die hij als zodanig in het bijzonder schadelijk achtte voor het noodzakelijke vertrouwen in het economische verkeer losgemaakt van bedrog. Bedrog werd een afzonderlijke delictscategorie, gericht op de bescherming van het vermogen. Niettemin bleef valsheid daarvan een onderdeel, te weten als middel waarmee de bedrieger zich ten koste van een ander bevoordeelde.

1 Bakker, Valsheid in geschrift; Verheul, Fraude en misbruik in de sociale zekerheid.

De ontwikkelingen in deze eeuw tonen een hoge vlucht van de valsheid door middel van gegevensdragers (formulieren, documenten).² De communicatie is in toenemende mate geformaliseerd geworden, met een terugdringing van het persoonlijk contact. Dit betekent dat ook de valsheid *als onderdeel van bedrog* steeds vaker gematerialiseerd is, waardoor de overlapping met afzonderlijk strafbaargestelde valsheid zich manifesteert. Deze overlappingen hangen uiteraard onverbrekkelijk samen met de strafrechtelijke betekenissen die aan valsheid en bedrog worden gegeven. Zo is enerzijds niet elke gematerialiseerde valsheid een strafbare valsheid, terwijl anderzijds niet iedere valsheid voldoende gewicht heeft om onderdeel te zijn van bedrog. Waar de valsheid evenwel van voldoende kaliber is om als zodanig strafwaardig te zijn, is het in beginsel eveneens toereikend om als onderdeel van bedrog te gelden. Het meest voorkomende voorbeeld hiervan is oplichting door middel van een vals geschrift. Hierdoor doemt het probleem op dat reeds in de inleiding van het vijfde hoofdstuk werd gesignaleerd: de wetgever heeft te maken met overgangsvormen tussen bedrog en valsheid, die hij niet zonder meer door het creëren van afzonderlijke rubrieken van valsheid en bedrog kan wegwerken. De wetgever van 1886 is evenwel niet blind geweest voor dergelijke overlappingen. Al ging hij uit van het legistische standpunt dat hier alles kon en moest worden geregeld³, hij had een open oog voor overlappingen. Deze konden in principe in goede banen worden geleid door het leerstuk van de samenloop. Dit leerstuk behandelt in hoofdzaak de vraag hoe de straf moet worden berekend.⁴ Onevenredig zware bestraffing bij het samengaan van verschillende strafbare feiten moest worden voorkomen. Eventuele overlappingen worden vooral ondervangen door de eendaadse samenloop en de voortgezette handeling.⁵ Zo was de wetgever er bijvoorbeeld op bedacht dat een zelfde feit meer dan één zelfstandig strafrechtelijk vergrijp kon opleveren (concurfus idealis of eendaadse samenloop). Daarnaast heeft de wetgever meervoudige kwalificatiemogelijkheden afgesneden door een imperatieve voorrang te regelen voor de bepalingen die speciaal op bepaalde gevallen zijn toegesneden: de specialis gaat voor de generalis.⁶

2 Zie ook Bakker, Valsheid in geschrift, p. 181.

3 Vergelijk De Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, p. 115.

4 Vergelijk Bosch, Het ontstaan van het wetboek van strafrecht, p. 176.

5 Bij de meerdaadse samenloop is het aspect van overlapping slechts ondergeschikt. De meerdaadse samenloop (art. 57 e.v.) eist immers niet dat de verschillende strafbare feiten enig verband met elkaar houden (het enige verband is dat zij dezelfde verdachte worden verweten). De regeling van de meerdaadse samenloop is dan ook niet meer dan een regeling voor de gelijktijdige berechting van verschillende strafbare feiten, door dezelfde verdachte gepleegd (Wattel, Fiscaal straf- en strafprocesrecht, p. 194).

6 Deze regeling doorbreekt overigens de leer dat de tenlastelegging de grondslag vormt voor het strafgeding: teneinde te controleren of de officier van justitie de juiste kwalificatie heeft gekozen moet de rechter buiten de grondslag van de tenlastelegging treden. In zoverre is de rechter niet gebonden aan de door het Openbaar Ministerie gemaakte keuze bij het bepalen van de grondslag van de tenlastelegging (Wattel, Fiscaal straf- en strafprocesrecht, p. 193).

De terloopse wijze waarop door de Commissie-De Wal wordt geconstateerd dat enerzijds tussen (materiële⁷) valsheid en oplichting een meerdaadse samenloop kan plaatshebben, en anderzijds tussen het gebruik maken van het valse of vervalste stuk en oplichting van een eendaadse samenloop sprake kan zijn, lijkt er evenwel op te wijzen dat de wetgever deze samenloopsituaties als incidenten beschouwde waarvan in elk geval niet te verwachten viel dat zij de gekozen wettelijke systematiek zouden verstoren. Dat een en ander anders is uitgekapt moge inmiddels duidelijk zijn.

3 Fricties tussen praktijk en dogmatiek

De overgangsvormen tussen valsheid en bedrog hebben zich in de praktijk bij uitstek gemanifesteerd tussen de delicten oplichting en valsheid in geschrift. Zij laten zich kenschetsen als een frictie tussen de juridische hanteerbaarheid van de onderscheiden strafbepalingen en de norm die de wetgever door middel van de desbetreffende bepaling wil handhaven. In het derde hoofdstuk werd beschreven dat de wetgever met de bepalingen van valsheid in geschrift de bescherming op het oog had van het vertrouwen dat in bepaalde geschriften moet kunnen worden gesteld. De eerder genoemde ontwikkelingen die ertoe hebben geleid dat geschriften een steeds belangrijkere schakel zijn gaan vormen in het economische verkeer, hebben hun weerslag in de rechtspraak bepaald niet gemist. De rechtspraak heeft zich in zoverre aan deze situatie aangepast dat het voor valsheid in geschrift geldende wettelijke criterium van de bewijsbestemming⁸ gaandeweg is verruimd. Besliste de Hoge Raad aanvankelijk dat het geschrift zijn bestemming om tot bewijs te dienen moet ontleen aan de wet of aan een bevoegd gegeven voorschrift van een administratief gezag⁹, later heeft hij zijn opvatting verruimd tot die geschriften waaraan in het maatschappelijk verkeer betekenis voor het bewijs van enig feit pleegt te worden toegekend.¹⁰ Dit heeft geleid tot een aanmerkelijke uitbreiding van geschriften die door de rechter onder de werking van artikel 225 zijn gebracht.¹¹ Niet alleen de rechter heeft de toepassing van artikel 225 als kapstokartikel in fraudezaken gestimuleerd, ook de wetgever heeft door het optrekken van de strafbedreiging tot zes jaar (in het jaar 1984) zijn steentje bijgedragen.¹²

7 Zie de opmerking van Bakker over het uitsluiten van de intellectuele valsheid, aangehaald in III.3.3.1.

8 De vereisten 'waaruit enig recht, enige verbintenis of enige bevrijding van schuld kan ontstaan' zijn overigens inmiddels bij wijziging van artikel 225 (wet van 4 juni 1992, S 287) komen te vervallen, zodat is overgebleven 'bestemd om tot bewijs van enig feit te dienen'.

9 HR 27 juni 1904, W 8091; HR 16 februari 1914, NJ 1914, p. 696; HR 5 oktober 1914, NJ 1914, p. 1290

10 HR 14 mei 1957, NJ 1957, 472

11 De uitlegging van de term 'enig feit' als 'juridisch relevant feit' vormt hierbij evenwel een begrenzing. Meer uitgebreid over de jurisprudentie van 'bewijsbestemming': Bakker, Valsheid in geschrift, p. 65-77

12 Zie nader Bakker, Valsheid in geschrift, p. 191 e.v.

Ten opzichte van veel bijzondere wetten (vooral op het gebied van premie- en belastingheffing) waarin vormen van valsheid waren strafbaar gesteld heeft artikel 225 het belangrijke voordeel dat het voorlopige hecchtenis mogelijk maakt. En aangezien de Hoge Raad de toepasselijkheid van artikel 225 niet heeft afgesneden door hier specialiteitsverhoudingen ten opzichte van de valsheden in die bijzondere wetten aan te nemen, heeft artikel 225 meer en meer terrein gewonnen. Maar wat artikel 225 vooral tot een paardemiddel heeft gemaakt tegen uiteenlopende vormen van —wat ik nu voor het gemak maar noem— fraude, is het bewijstechnische gemak dat het meebrengt. De meest ingewikkelde manipulaties en constructies die zich moeilijk in juridische termen laten vangen, worden onder deze bepalingen gebracht, eenvoudigweg door het gedragscomplex terug te brengen tot bijvoorbeeld het valselijk opmaken van luttele facturen.¹³ Bakker heeft in zijn proefschrift uitvoerig beschreven hoe het delict valsheid in geschrift zich, in weerwil van wat de wetgever zich voor ogen stelde, in de rechtspraktijk gaandeweg heeft ontpopt tot een delict dat een centrale plaats inneemt in de fraudebestrijding en zich in de eerste plaats op de bescherming van het vermogen richt.¹⁴ Valsheid in geschrift is in de praktijk in de overgrote meerderheid van de gevallen slechts middel tot het plegen van vermogenscriminaliteit, aldus Bakker. In veel gevallen is die valsheid in feite een oplichtingsmiddel als bedoeld in artikel 326.¹⁵ De weg van oplichting kent in vergelijking tot valsheid in geschrift veel meer struikelblokken. Het tenlasteleggen van dit delict wordt volgens Bakker als veel moeilijker ervaren, onder meer gezien het causale verband dat wordt geëist (vergelijk IV.2.3.). Bovendien is de Officier van Justitie voor het bewijs in veel hogere mate afhankelijk van getuigenverklaringen. Bij valsheid in geschrift is het feit door de enkele vaststelling dat het geschrift vals is grotendeels bewezen.¹⁶ Daarnaast is de strafbedreiging drie jaar (bij valsheid zoals gezegd zes jaar).¹⁷

4 Restauratie van de wettelijke rubrieken van valsheid en bedrog

4.1 Wetsconcursums en opportuniteitsbeginsel

Het Openbaar Ministerie stelt de tenlastelegging op en heeft daarmee in zijn macht te bepalen wat de grondslag van het onderzoek ter terechtzitting zal zijn.¹⁸ Naast de beleidsruimte die hij heeft om te beslissen over wel of niet vervolgen, beslist hij over

13 Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid*, p. 96.

14 Bakker, *Valsheid in geschrift*, p. 187 e.v. Zie ook Schaffmeister, *Fraudebestrijding zonder grondslag*, p. 575 e.v.

15 Valsheid in geschrift als middel van strafbaar handelen beperkt zich niet tot oplichting. Ook kan het worden aangetroffen bij bankbreuk (artikel 340-348), verduistering (artikel 321) en bij kiesfraude (artikelen 127-129). Bakker, *Valsheid in geschrift*, p. 173.

16 Bakker, *Valsheid in geschrift*, p. 192.

17 Voorlopige hecchtenis is bij verdenking van art. 326 niettemin mogelijk: art. 67 lid 1, sub b.

18 De Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces*, p. 17.

de omvang van de vervolging.¹⁹ Alleen bij specialiteitsverhoudingen (art. 55 lid 2) kan de rechter zelfstandig buiten de grondslag gaan en aldus de keuze van het Openbaar Ministerie doorkruisen. Bij de verhouding tussen de artikelen 326 en 225 is van een dergelijke figuur geen sprake. Niets staat het Openbaar Ministerie in de weg om in fraudezaken waar gedragingen zijn gepleegd met een oplichtingskarakter zich hetzij te beperken tot valsheid in geschrift, hetzij de artikelen 225 en 326 alternatief ten laste te leggen.

De problematische overgangsvormen die tussen valsheid (in geschrift) en bedrog (oplichting) zijn ontstaan, openbaren zich bij toepassing van de samenloopregeling.²⁰ Aan de hand van de verhouding tussen 'gebruiken van een vals of vervalst geschrift etc.' (art. 225 lid 2) en oplichting kunnen de problematische overgangsvormen die in de loop der jaren tussen valsheid en bedrog zijn ontstaan worden blootgelegd.²¹ Verschillende samenloopvarianten kunnen in principe op de bewuste verhouding worden toegepast. De eendaadse samenloop lijkt in de meeste gevallen, afhankelijk van de tenlastelegging, voor de hand te liggen (aldus ook Commissie-De Wal).²² Deze oplossing heeft echter een merkwaardige consequentie. Enerzijds domineert de oplichting: de valsheid in geschrift is daarin helemaal opgenomen. De bepaling van oplichting heeft met andere woorden alle laakbaarheid en strafwaardigheid geconsumeerd.²³ Anderzijds bevat de geconsumeerde bepaling (artikel 225) de hoogste strafbedreiging. Wordt hier artikel 55 lid 1 toegepast, dan ontstaat de tegenstrijdige situatie dat juist de verdrongen bepaling zou moeten worden toegepast.²⁴ Daarbij bestaat het gevaar dat vrijwel elk gebruik van een geschrift om iemand op te lichten in de praktijk wordt teruggebracht tot het enkele gebruiken van valsheid in de zin van artikel 225. Dit is alleen bevredigend als het betrokken geschrift van een dusdanig kaliber is dat het gebruik als zodanig uit publica-fides-oogpunt strafrechtelijke bescherming verdient. Dat artikel 225 het vermogensdelict oplichting overvleugelt, wordt dan gerechtvaardigd door het zwaardere belang van de publica fides. De rechtspraak toont echter een inflatie van geschriften met bewijsbestemming waardoor,

19 De Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, p. 126.

20 Daarbij vat ik artikel 55 lid 2 ook op als samenloop —hoewel hiertegen bedenkingen zijn aan te voeren. Het voert buiten het bestek van deze studie hier nader op in te gaan.

21 Het bestanddeel 'afleveren of voorhanden hebben etc.' is pas recent toegevoegd (bij Wet van 4 juni 1992, Stb. 287) en laat ik daarom even buiten beschouwing. De uiteenzetting betreft immers een *reconstructie* van de geleidelijke manifestatie van problematische overgangsvormen gedurende een periode waarin deze aanvulling nog niet was opgenomen.

22 III.3.3.1.

23 Noyon/Langemeijer/Remmeling (art. 55, aant. 19); Van Hattum (-Van Bemmelen), p. 549. Bij de laatste schrijver wordt consumptie opgevat als de derogatie die ontstaat als gevolg van juridische specialiteit. Remmelink stelt dat onder consumptie bovendien kan worden verstaan het geval dat de rechter aan de hand van de concrete situatie oordeelt, dat weliswaar formeel twee strafbare feiten gerealiseerd zijn, maar dat alle onrecht door een van de strafbepalingen is geconsumeerd.

24 Zie ook De Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, p. 116. In Noyon/Langemeijer/Remmeling (art. 55, aant. 19) wordt terzake van een dergelijke concursus laconiek opgemerkt: "Ten onzent zal art. 55 lid 1 in zo'n geval worden toegepast". Het probleem als zodanig wordt niet gesignaleerd.

naar ik met (onder anderen) Bakker meen, het publica-fides-karakter van het delict geweld is aangedaan. In dit licht heeft het aannemen van een eendaadse samenloop de ongerijmde consequentie dat ook 'gebruiken van een vals geschrift' (om iemand op te lichten) waarbij het vermogenskarakter het publica-fides-karakter overheerst, onder het regiem van artikel 225 wordt bestraft.

Wellicht is er ook wel wat voor te zeggen om oplichting als een logische specialis te zien van het gebruiken van valsheid. Het aanwenden van een middel om iemand op te lichten veronderstelt immers het gebruiken van valsheid. Bestaat die valsheid in een geschrift dan wordt in de rechtspraak het middel 'listige kunstgrepen' aangenomen (zie IV.2.2.2., onder c). Waarom zou het gebruiken van een vals geschrift als oplichtingsmiddel (gevoegd bij de overige bestanddelen van artikel 326) niet kunnen leiden tot de slotsom dat oplichting (door middel van een vals geschrift) een specialis is van artikel 225 lid 2? Toch heeft ook deze oplossing een bezwaar. Zij zou immers tot gevolg hebben dat ook het gebruik van een publica-fides-geschrift om een ander te bewegen (etc.) als oplichting zou worden aangemerkt, terwijl, zoals zojuist werd opgemerkt, het enkele gebruiken van een 'serieus' publica-fides-geschrift bestraffing op grond van artikel 225 lid 2 rechtvaardigt.

Kortom: beide opvattingen zijn onbevredigend. Alles bevestigt de noodzaak van een wetwijziging teneinde de verhouding tussen valsheid (in geschriften) en bedrog, in het licht van de door de respectievelijke delictscategorieën beschermde belangen te herstellen. De valsheid in geschriften (in titel XII) dient daarbij gereserveerd te blijven voor situaties waarin een serieuze schending heeft plaatsgehad van het vertrouwen dat men in bepaalde geschriften moet kunnen stellen. Valsheid in geschrift dus als publica-fides-delict pur sang, naar de bedoeling van de wetgever en in overeenstemming met zijn oorspronkelijke betekenis in het Romeinse recht (zie hoofdstukken II en III).²⁵

4.2 Voorstellen tot alternatieve rubricering (wetsvoorstel 21 186)

Vooraf de bevindingen van Bakker hebben de wetgever tot het inzicht gebracht dat de rubricering van valsheid in geschrift als delict ter bescherming van de publica fides en oplichting als vermogensdelict in ere moet worden hersteld.

De wetgever heeft in navolging van Bakker en Verheul²⁶ in wetsontwerp 21 186 in twee fasen wijzigingen voorgesteld. De eerste fase heeft inmiddels tot de invoering van wetbepalingen geleid, onder andere tot de uitbreiding van artikel 225 lid 2 met 'afleveren of voorhanden hebben' (Wet van 4 juni 1992, Stb. 287).

In dat zelfde wetsontwerp wordt aangekondigd om in een tweede fase een splitsing te bewerkstelligen van het huidige misdrijf valsheid in geschrift.²⁷ Enerzijds zal een

25 Bakker, Valsheid in geschrift, p. 226 e.v.

26 Diens dissertatie komt met het oog op de verschijningsdatum ervan pas in de MvA ter sprake (KII, 1990-1991, 21 186, nr. 5, p. 2).

27 KII, 1988-1989, 21 186, nr. 3, par. 8.

delict van valsheid in geschrift worden ontworpen waarin valsheid in bepaalde limitatief opgesomde of nader omschreven geschriften strafbaar wordt gesteld.²⁸ Deze bepaling strekt tot bescherming van het maatschappelijk vertrouwen dat in dergelijke stukken moet kunnen worden gesteld en blijft in titel XII. Anderzijds wordt een bepaling aangekondigd die zich richt tegen valsheid in geschrift met het oogmerk zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen. In deze bepaling worden twee bestanddelen van het huidige artikel 225, te weten de bewijsbestemming en het oogmerk om het geschrift als echt en onvervalst te gebruiken, vervangen door één bestanddeel: het oogmerk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen.²⁹ Door enerzijds het misdrijf valsheid in geschrift te beperken tot stukken met een bijzondere vertrouwenswaarde en anderzijds bij het ontworpen vermogensdelict de bewijsbestemming van het valse geschrift als eis te doen vervallen, wordt voorkomen dat het Openbaar Ministerie de tenlastelegging alsnog zou toesnijden op valsheid in geschrift in engere zin (dus niet als vermogensdelict) in gevallen waarbij dat systematisch minder juist is.

In deze nieuwe aanpak waarbij de inflatie van de bijzondere vertrouwenswaarde van geschriften teniet wordt gedaan, past tevens het voorstel om geharmoniseerde en geünificeerde strafbepalingen inzake de sociale zekerheid in te passen in de bedrogstitel.³⁰ De formulieren die onderwerp zijn van —doorgaans intellectuele— valsheid zijn immers niet meer dan ‘eenvoudige’ gegevensdragers door middel waarvan een (gematerialiseerde) leugen wordt overgebracht. Zij zijn als zodanig van onvoldoende kaliber om als zelfstandige valsheid strafbaar te worden gesteld.

4.3 Een kritische noot bij wetsvoorstel 21 186

Herstelwerkzaamheden om valsheid in geschrift weer tot een zuiver publica-fides-delict te maken juich ik toe. Ook neemt de wetgever zich naar mijn opvatting terecht voor een correctie aan te brengen op de uitholling van artikel 326 door artikel 225.³¹ De

28 Bakker stelt een —ruime— omschrijving van categorieën geschriften voor, gebaseerd op de reputatie van de natuurlijke of rechtspersoon die het geschrift heeft opgemaakt. Een opsomming lijkend op die van art. 226 wijst hij af, onder meer vanwege het gevaar voor lacunes. Zie Valsheid in geschrift, p. 228-229.

29 KII, 1988-1989, 21186, nr. 3, p. 13-14.

30 Zoals in het Voorlopig Verslag (KII, 1989-1990, 21 186, nr. 4, p. 2) wordt opgemerkt, heeft de regering kennelijk niet overwogen om het voorstel van Verheul te volgen. De laatste staat een afzonderlijke wet, te weten de Algemene wet inzake de sociale zekerheid voor, analoog aan een wet als de Algemene wet inzake Rijksbelastingen. Zie Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid*, p. 132 e.v.

31 Meer in het algemeen kan gewezen worden op het gevaar dat —door in dit geval de aanwending van artikel 225 als kapstokartikel— de normhandhaving als strafdoel op de achtergrond raakt doordat de overheid het strafrecht gebruikt ter sanering van de overheidskas (een groot aandeel van de ‘fraude’ bestaat immers in een aanslag op de overheidsgelden). Aldus Schaffmeister, *Fraudebestrijding zonder grondslag*, p. 573 e.v. De schrijver wijst in dit verband op het regeerakkoord tussen CDA en VVD (in het vorige kabinet) waarin het uitgangspunt was opgenomen om in de kabinetsperiode via

vraag kan evenwel gesteld worden waarom de wetgever zo'n vals geschrift een aparte behandeling wil geven (een afzonderlijk delict in de bedrogstitel). Waarom een bijzondere vorm van oplichting? De wetgever (van wetsontwerp 21 186) benadrukt juist dat het gaat om geschriften die niet een bijzondere vertrouwenwekkende betekenis hebben. De vraag dringt zich op waarom zij dan niet in het gezelschap van de reeds bestaande oplichtingsmiddelen zouden kunnen (zelfs: moeten) verkeren. Aangezien de wetgever zich nog slechts in vrij abstracte termen heeft uitgelaten over de bewuste wijzigingen, lijkt het mij goed te wijzen op de argumenten die Bakker geeft voor de afzonderlijke behandeling van het middel 'valsheid in geschrift'. Diens proefschrift is immers een belangrijke inspiratiebron geweest voor de plannen van de wetgever. Bakker stelt dat het gebruik van een vals geschrift als oplichtingsmiddel ernstiger dient te worden genomen dan de andere middelen. Hij geeft hiervoor onder meer twee argumenten: Enerzijds het argument dat het geschrift in het algemeen minder wantrouwen —en soms zelfs een zeker vertrouwen— wekt en bovendien vaak past in ingesloten procedures. Het is onder meer tastbaar en herleesbaar. Anderzijds zijn het in zijn ogen juist de ernstigste gevallen van fraude die met behulp van valse geschriften worden gepleegd. Ik acht deze argumenten niet sterk genoeg om een afzonderlijke behandeling van valsheid in geschrift als middel te rechtvaardigen. Het eerste argument past mijns inziens juist bij het publica-fides-karakter van geschriften (en die geschriften hebben juist hun eigen plaats in titel XII). Om ook geschriften *in de bedrogstitel* te onderscheiden die een afzonderlijke behandeling verdienen omdat ze een *beetje* een publica-fides-karakter hebben, maar weer niet genoeg om naar titel XII te verhuizen, acht ik systematisch ongewenst. Bovendien valt op goede gronden te verdedigen dat de inburgering van het geschrift juist pleit voor een gelijkstelling met de andere middelen. Daarbij komt dat geschriften in de rechtspraak in veel gevallen als oplichtingsmiddel (te weten: 'listige kunstgrepen') worden beschouwd. Het tweede argument komt mij voor als een cirkelredenering: het gebruik van een geschrift is ernstiger, omdat het in ernstige gevallen van fraude gebruikt wordt. Die 'ernst' kan hoogstens te maken hebben met de mate van verrijking, waardoor het hier mijns inziens meer gaat om een strafmaatkwestie.³²

De aanpassing in de bedrogstitel zou dan ook beperkt kunnen blijven tot artikel 326. Een aanzet hiertoe is reeds gegeven in het zevende hoofdstuk (in het bijzonder paragrafen 6.3.3. en 7). Eventueel kan het valse geschrift als middel worden toegevoegd (vanwege het frequente voorkomen is het wellicht beter het beestje bij de naam te noemen). Dit moet dan wel geschieden in termen als 'valse geschriften anders dan die bedoeld in artikel 225' (of woorden van gelijke strekking) om samenloopproblemen

fraudebestrijding twee miljard gulder extra te verdienen (noot 6, p. 574).

32 Bakker wijst bovendien op de gebreken van artikel 326 en stelt dat dit artikel te kort schiet om fraude met behulp van valse geschriften aan te pakken. Hij noemt de volgende bezwaren van artikel 326: (a) het vervalsen of vals opmaken (zonder gebruik) kan niet op grond van artikel 326 worden bestreden; (b) bewijsproblemen met 'bewegen tot afgifte'; (c) lang niet altijd zal van afgifte van een goed of teniet doen van een inschuld sprake zijn; (d) de te lage strafmaat (Bakker, Valsheid in geschrift, p. 230-231).

zoals hierboven zijn geschetst te vermijden. De scheiding tussen 'publica-fides-geschriften' en 'niet-publica-fides-geschriften' (en daarmee tussen valsheid en bedrog) wordt daarmee doorgevoerd. Verwerking van het valse geschrift als middel in artikel 326 betekent tevens behoud van de eis van causaal verband. Het voorstel van Bakker om (in een bijzonder delict van bedrog met valse geschriften) die voorwaarde te laten vallen, komt mij niet wenselijk voor. In de eerste plaats weten de rechtspraak en de doctrine mijns inziens in het algemeen wel raad met de causaliteit.³³ Geautomatiseerde betalingen bijvoorbeeld kunnen langs de weg van de vooraf gegeven toestemming (instructies aan automaten of personen) ook als 'bewegen' worden opgevat (zie III.2.3.4.).³⁴ In de tweede plaats zie ik, in aansluiting bij het voorgaande, geen aanleiding om voor geschriften als oplichtingsmiddel een regiem met minder zware eisen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren. En in de derde plaats zie ik niet in waarom de problemen met dit bestanddeel beperkt zouden zijn tot het gebruik van valse geschriften als middel. Rechtspraak en doctrine tonen immers ook ten aanzien van bijvoorbeeld het onrechtmatig gebruiken van andermans pas en pincode om geld op te nemen uiteenlopende opvattingen waar het 'bewegen' betreft.³⁵

5 Een voorstel voor een nieuw artikel 326

Ter afsluiting van deze studie lijkt het goed om het betoog samen te vatten in de vorm van een voorstel hoe artikel 326 er in de toekomst uit zou *kunnen* zien. Ik benadruk het woord 'kunnen' omdat ik graag ruimte laat voor aanvullingen en aanscherpingen door bijvoorbeeld—in deze redactionele arbeid gespecialiseerde—wetgevingsjuristen.

33 Het ontlopen van artikel 326 zou wel eens meer te maken kunnen hebben met het gemak van artikel 225 dan met de ongemakken van artikel 326.

34 Zie Bakker, Valsheid in geschrift, p. 230.

35 Zie bijvoorbeeld HR 19 november 1991, NJ 1992, 124 en HR 8 december 1992, NJ 1993, 323, alsmede Kaspersen, Strafbarestelling van computermisbruik, p. 248 e.v. Zie ook IV.2.3.4.

Hoofdstuk VIII

Artikel 326-nieuw:

Eerste lid:

Hij die opzettelijk

hetzij door onbevoegd gebruik van elke andere gegevensdrager dan bedoeld in titel XII van dit wetboek,

hetzij door gebruik van een zodanige gegevensdrager³⁶ terwijl dit vals of vervalst is,

hetzij door het aannemen van een valse naam of een valse bijzondere hoedanigheid,

hetzij door listige kunstgrepen,

hetzij door een samenweefsel van verdichtsels

iemand beweegt tot afgifte van enig goed, tot het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer, tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een vordering, wordt als schuldig aan oplichting etc.

Tweede lid:

De in het eerste lid genoemde straffen worden met tweederde verminderd voor die dader of medeplichtige die de oplichting uitsluitend begaat met het kennelijk doel een direct opeisbare vordering te innen die hij op de benadeelde heeft.³⁷

36 Voor de term 'gegevensdrager' is gekozen vanwege de spanning die is komen te staan op het begrip 'geschrift'. 'Gegevensdrager' omvat bijvoorbeeld ook de betaalpas en de waardekaart, die onlangs —buiten het begrip 'geschrift' om— zijn toegevoegd aan de twaalfde titel van het tweede boek (art. 232; Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33.). Ook zal van niet in de wet genoemde gegevensdragers kunnen er trouwens onder vallen, zoals —ik noem maar een voorbeeld— de politiepenning. Het onbevoegd gebruik van een *echte* pas is hier overigens niet strafbaar gesteld. Dit is wel begrepen onder het voorgestelde artikel 326, namelijk door de term 'onbevoegd gebruik'.

37 Zie VII.7.

Samenvatting

Deze studie vormt een beschouwing over oplichting, geplaatst in het bredere perspectief van de verhouding tussen valsheid en bedrog. De probleemstelling laat zich in drie deelgebieden opsplitsen.

- (1) Een systematische beschouwing over de verhouding tussen valsheid en bedrog in het strafrecht, in het bijzonder tot uiting komend in het bedrogsdelict 'oplichting';
- (2) Een crimineel-politieke bezinning op de aansprakelijkheidsgrenzen van oplichting;
- (3) Een dogmatische bezinning op het gebruik van (met name) de leerstukken van de causaliteit en de dolus bij oplichting.

Na een analyse van de begrippen van valsheid en bedrog aan het slot van het eerste hoofdstuk, wordt in het tweede hoofdstuk het thema van de vervlechting van valsheid en bedrog nader besproken. Een rechtshistorische beschouwing maakt duidelijk hoe juristen door de eeuwen heen grote moeite hebben gehad om een heldere afbakening tussen beide begrippen tot stand te brengen. Dit mag nauwelijks verbazing wekken als men bedenkt dat de termen valsheid en bedrog niet alleen etymologisch een verschillende herkomst hebben, maar tevens uit verschillende rechtsculturen stammen. Valsheid is in het Romeinse recht reeds een zelfstandig juridisch fenomeen (onder de naam 'falsum'), terwijl zelfstandige juridische kwalificaties van bedrog pas in de Duitse dogmatiek van de negentiende eeuw tot stand komen. Het is in dit verband dan ook bepaald te stellig om, zoals een aantal schrijvers doet, het van oorsprong Romeinsrechtelijke crimen stellionatus als de voorloper van ons delict oplichting te beschouwen.

Onder invloed van de in de negentiende eeuw in Duitsland ontwikkelde optiek van de rechtsgoederenbescherming komt voor het eerst een scherpe theoretische afbakening tussen valsheid en bedrog tot stand. De voorstanders van deze benadering kruisen de degens met meer fenomenologisch ingestelden, die meer nadruk leggen op de 'wezenlijke' overeenkomsten tussen beide begrippen.

Ook in de discussies van de commissie die het wetboek van strafrecht van 1886 concipieerde (Commissie-De Wal) is iets van deze strijd terug te vinden. We zijn dan aanbeland in het derde hoofdstuk. Het commissielid Pols ziet tussen valsheid en bedrog een veel nauwere band dan de anderen willen zien. In wezen zijn bedrog en valsheid volgens hem één geheel, waarbij de valsheid als zodanig het middel is tot het misdrijf van het gebruiken van het valse. Slechts bij de warenvervalsing is iets van zijn

benadering terug te vinden, maar zijn opvatting is tot op de dag van vandaag actueel. De wetgever construeert uiteindelijk een scherpe scheiding tussen valsheid en bedrog. De valsheidsdelicten bedoelt hij als misdrijven die het vertrouwen aantasten dat gesteld moet kunnen worden in bijvoorbeeld munten, merken of geschriften. De bedrogsdelicten tasten daarentegen in de eerste plaats het vermogen aan. Oplichting wordt door de wetgever gepresenteerd als het prototype van bedrog.

Omdat hij de enkele leugen buiten de strafbare oplichting wil houden, neemt de wetgever een limitatieve opsomming van gekwalificeerde varianten van valsheid (oplichtingsmiddelen) in de wet op. Een beschouwing van de wetsgeschiedenis van de later totstandgekomen bepaling van flessentrekkerij (art. 326a) geeft, buiten de wetsgeschiedenis van artikel 326 zelf, interessante inzichten over de door de wetgever beoogde grens tussen strafbaar en niet-strafbaar bedrog (in het bijzonder oplichting). Een terugkoppeling naar deze analyse in een later stadium (hoofdstuk IV) toont aan dat de rechtspraak gaandeweg de grenzen van oplichting verder heeft opgerekt dan blijkens die wetsgeschiedenis de bedoeling was.

Het vierde hoofdstuk biedt een analyse van de rechtspraak. De nadruk is nu helemaal op oplichting komen te liggen. Achtereenvolgens volgt een behandeling van de middelen, het 'bewegen' (de causaliteit), het resultaat waartoe wordt bewogen en het 'oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling'. Bij wijze van model wordt een onderscheiding gemaakt tussen 'klassieke' en meer 'moderne' varianten van oplichting. Grofweg wordt in de eerste categorie van gevallen misleiding bewerkstelligd door het in het leven roepen van dwaling-inducerende omstandigheden, terwijl het bij de meer moderne gevallen gaat om de (bedrieglijke) aanpassing aan bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld marginaal gecontroleerde procedures, situaties waarin op 'goed vertrouwen' wordt gehandeld). De rechtspraak roept vragen op aangaande de ruime uitleg van met name het bestanddeel 'valse hoedanigheid' teneinde procedures waarin op 'goed vertrouwen' wordt gehandeld te beschermen. Anderzijds dringt het aspect van de waakzaamheid van de benadeelde zich aan de aandacht op.

Laatstgenoemd aspect komt tot uitdrukking in het oorzakelijk verband tussen het aanwenden van een bedrieglijk middel en het verkregen resultaat. In het betoog over het causaal verband komen enerzijds verschillende benaderingen van de causaliteit bij oplichting aan de orde, terwijl anderzijds complicaties in de causaliteitsketen worden besproken.

Het 'bewegen' is niet strafbaar zonder 'oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling'. Het gedeelte over dit onderwerp gaat allereerst in op de bijzondere betekenis van het 'delictsoogmerk'. Vervolgens komt de wederrechtelijkheid aan bod en de wijze waarop in de rechtspraak het fenomeen 'eigenrichting' wordt benaderd. De onbetamelijkheid van het gebruik van de middelen en eventuele aanspraken op een voordeel rijden elkaar hier in de wielen. Na de bespreking van het resultaat van het 'bewegen' wordt het hoofdstuk afgesloten met een verhandeling over het leerstuk van de poging. De vraag

of in een voorkomend geval van poging sprake is, blijkt nauw samen te hangen met de vraag of een middel in de zin van de wet is aangewend.

In het vijfde hoofdstuk wordt het onderzoek naar de afgrenzingsproblemen tussen valsheid en bedrog voortgezet. Met hulp van andere disciplines (informatietechnologie, taal- en literatuurwetenschap) worden valsheid en bedrog vanuit hun meest uitgesproken vormen tegen elkaar afgezet. Op basis van —met behulp van de informatietechnologie— gedestilleerde neutrale (niet-strafrechtelijke) substraten van valsheid en bedrog wordt de strafrechtelijke inkleuring van beide begrippen zichtbaar gemaakt. De informatietechnologische definities laten verder zien dat bedrog niet zonder valsheid kan bestaan, terwijl omgekeerd valsheid wel op zichzelf bestaanbaar is. Een bespreking van de communicatieve aspecten van valsheid en bedrog loopt uit op een benadering van bedrog (waar het communicatieve aspect zich het sterkst manifesteert) aan de hand van de pragmatiek (onderdeel van de semiotiek). In dit betoog wordt het wederkerige karakter van bedrog benadrukt. Bedrog wordt hier beschreven als een ‘geperverteerde taalhandeling’. Dit brengt de positie van de bedrogene in het vizier (het unieke van oplichting is dat deze altijd in beeld is) en daarmee weer het aspect van de waakzaamheid tegen bedrog.

Het zesde hoofdstuk analyseert sociaal-economische verschuivingen en hun gevolgen voor bedrog. De weerbaarheid tegen bedrog vormt daarbij een dominant gezichtspunt. Gewapend met de inzichten uit het vijfde hoofdstuk wordt, vanuit een wijder perspectief over de betekenis van het strafrecht in deze tijd en de verhouding tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, de rechtspraak over oplichting aan een nadere kritische toets onderworpen. Een meer individualiserende benadering van bedrog wordt voorgestaan, aangezien het oorspronkelijk door de wetgever gehanteerde —generaliserende— criterium van ‘de burger van gewone voorzichtigheid’ niet meer houdbaar is. In dit verband wordt gepleit voor een zorgvuldige bewaking van de grenzen van aansprakelijkheid voor oplichting. Het uitgangspunt moet blijven dat de dader een barrière van waakzaamheid neemt. De situaties waarin op zogenaamd goed vertrouwen wordt gehandeld moeten dan ook door de rechter niet te gemakkelijk als onwrikbaar gegeven worden aangenomen.

Niet alleen op wetssystematische gronden, maar ook vanuit de nadruk die in het beleid van justitie in de laatste jaren ligt op de eigen verantwoordelijkheid van de rechtsgenoten, wordt getracht tegenwicht te bieden aan al te grote uitbreiding van de aansprakelijkheid voor oplichting. Zuinigheid met strafrecht brengt mee dat niet een ieder die ervoor kiest om op ‘goed vertrouwen’ met een ander in zee te gaan automatisch strafrechtelijke bescherming krijgt als hij in het door hem gestelde vertrouwen wordt teleurgesteld. Op de rechter rust hier een taak om binnen de grenzen van de delictsom-schrijving van oplichting aan de hand van de motivering van zijn beslissing normen te ontwikkelen. Een meer casuïstische rechtspraak over oplichting is dan onontkoombaar.

In het zevende hoofdstuk krijgt de meer individualiserende benadering een dogmatische vertaling. De bewuste optiek manifesteert zich vooral bij de vaststelling van het oorzakelijk verband. Een variant op de leer van de redelijke toerekening moet de te sterk generaliserende klassieke leer van de adequate veroorzaking vervangen. Bovendien worden in dit hoofdstuk problemen behandeld die zich voordoen bij het oogmerkvereiste van artikel 326. Aansluitend bij moderne opvattingen over de gedraging wordt met het oog op de overspannen eisen die het oogmerkbegrip stelt en de miskennis (daardoor) van de specifieke betekenis ervan in de rechtspraak, voorgesteld om dit vereiste te vervangen door 'opzet'. Voorts wordt, om tegemoet te komen aan in het vierde hoofdstuk gesignaleerde knelpunten, een voorstel gedaan voor een andere dogmatische positie van het bestanddeel 'wederrechtelijk', te weten als strafvermindingsgrond sui generis.

De vervlechting van valsheid en bedrog is een probleem van alle tijden. Elke poging om een definitieve scheiding aan te brengen tussen valsheid en bedrog is gedoemd te mislukken. Met deze berustende constatering begint het achtste, tevens laatste hoofdstuk. Dat dit niet afdoet aan de noodzaak om van tijd tot tijd een herschikking tot stand te brengen als de ontwikkeling daarom vraagt, wordt bevestigd door de meest recente wetsvoorstellen (21 186). De voorstellen tot herschikking op onderdelen van de titels van valsheid en bedrog (met name valsheid in geschrift ten opzichte van oplichting) die in een zo genoemde tweede fase gestalte moeten krijgen, vormen de basis voor een nabeschouwing. Wordt met de hoofdlijn om valsheid in geschrift als 'publica-fides-delict' in ere te herstellen ingestemd, niettemin worden enige kritische kanttekeningen bij de plannen geplaatst. De studie besluit met een voorstel voor een nieuw artikel 326.

Zusammenfassung

Die vorliegende Studie untersucht den Betrug gem. Art. 326 nStGB (oplichting) im umfassenderen Kontext des Verhältnisses zwischen Fälschungs- und Betrugsdelikten. Die behandelte Problematik läßt sich in drei Teilbereiche aufspalten:

- (1) Eine systematische Betrachtung des Verhältnisses zwischen den Fälschungs- und den Betrugsdelikten im Strafrecht, das insbesondere im Delikt 'Betrug' gem. Art. 326 nStGB (oplichting) zum Ausdruck kommt;
- (2) Eine kriminalpolitische Untersuchung der Grenzen strafrechtlicher Haftung beim Betrug (oplichting);
- (3) Eine dogmatische Untersuchung insbesondere von Kausalitäts- und Vorsatzlehre beim Betrug.

Nach einer Analyse der Begriffe Fälschung und Betrug am Ende des ersten Kapitels wird im zweiten Kapitel auf das Problem der Verflechtung zwischen Fälschungs- und Betrugsdelikten näher eingegangen. Eine rechtshistorische Betrachtung macht deutlich, wieviel Mühe es den Juristen über die Jahrhunderte hinweg bereitet hat, eine eindeutige Abgrenzung zwischen beiden Begriffen zustande zu bringen. Angesichts der Tatsache, daß die Begriffe Fälschung und Betrug nicht nur in ethymologischer Hinsicht unterschiedlicher Herkunft sind, sondern darüber hinaus aus verschiedenen Rechtskulturen stammen, kann dies wohl kaum überraschen. Die Fälschung ist bereits im römischen Recht ein eigenständiges juristisches Phänomen (unter der Bezeichnung 'Falsum'), während selbständige juristische Betrugstatbestände erst in der deutschen Dogmatik des 19. Jahrhunderts zustande kommen. In diesem Zusammenhang ist demzufolge die zum Teil in der Literatur vertretene Auffassung, das aus dem römischen Recht herrührende crimen stellionatus sei ein Vorläufer des in Art. 326 nStGB geregelten Betruges, entschieden zu gewagt.

Unter dem Einfluß der im 19. Jahrhundert in Deutschland entwickelten Perspektive des Rechtsgüterschutzes kommt zum ersten Mal eine scharfe dogmatische Trennung zwischen Fälschung und Betrug zustande. Die Verfechter dieses Ansatzes kreuzen die Klängen mit den eher phänomenologisch eingestellten Wissenschaftlern, die mehr die 'wesentlichen' Übereinstimmungen zwischen beiden Begriffen betonen. Auch in den Diskussionen der Kommission, die das Strafgesetzbuch von 1886 konzipierte (sog. Kommission De Wal), klingt etwas von diesem Meinungsstreit an. Diese Auseinandersetzung wird im dritten Kapitel dargestellt. Das Kommissionsmitglied Pols sieht

zwischen Fälschungs- und Betrugsdelikten einen viel engeren Zusammenhang als die übrigen Kommissionsmitglieder. Nach seiner Auffassung bilden Betrug und Fälschung ihrem Wesen nach eine Einheit, wobei die Fälschung als solche das Mittel zur Straftat des Gebrauchs des Falschen darstellt. Lediglich bei der Warenfälschung (Art. 330 nStGB) finden sich noch Spuren seines Ansatzes. Trotzdem ist seine Auffassung auch heute noch aktuell. Der Gesetzgeber konstruiert schließlich eine scharfe Trennung zwischen Fälschungs- und Betrugsdelikten. Die Fälschungsdelikte bestimmt er als Verbrechen, die das Vertrauen, das in die Echtheit z.B. von Münzen, Marken oder Schriftstücke gesetzt werden können muß, antasten. Die Betrugsdelikte richten sich hingegen in erster Linie gegen das Vermögen. Der Betrug gem. Art. 326 nStGB wird vom Gesetzgeber als Prototyp der Betrugsdelikte dargestellt.

Da die bloße Lüge außerhalb des strafbaren Betruges gehalten werden sollte, nahm der Gesetzgeber eine abschließende Aufzählung von Qualifikationsvarianten der Fälschung (Betrugsmittel) in das Gesetz auf. Eine Betrachtung der Entstehungsgeschichte der später eingeführten Bestimmung der Zechprellerei (Art. 326a nStGB) ermöglicht - neben der Entstehungsgeschichte des Art. 326 nStGB selbst - interessante Einblicke in die vom Gesetzgeber angestrebten Tatbestandsgrenzen bei den Betrugstatbeständen (insbesondere dem Betrug gem. Art. 326 nStGB). Ein Wiederaufgreifen dieser Analyse in einem späteren Stadium (viertes Kapitel) zeigt, daß die Rechtsprechung die Grenzen des Betruges allmählich weiter ausgedehnt hat, als dies nach der Entstehungsgeschichte offensichtlich beabsichtigt war.

Das vierte Kapitel beinhaltet eine Analyse der Rechtsprechung. Der Schwerpunkt liegt nun ganz auf dem Betrug gem. Art. 326 nStGB. Nacheinander werden die Mittel, das 'Bewegen' (die Kausalität), das Ergebnis, zu dem jemand bewegt wird, und die 'Absicht der widerrechtlichen Vorteilsverschaffung' behandelt. Es wird eine schematische Unterscheidung zwischen den 'klassischen' und den mehr 'modernen' Varianten des Betruges gemacht. Durchgehend wird in der ersten Kategorie eine Täuschung dadurch bewirkt, daß irrtumserregende Umstände hervorgerufen werden, während es bei den mehr modernen Fällen um die (betrügerische) Anpassung an bestimmte Umstände (z.B. wenig kontrollierte Verfahren, Situationen, in denen in 'gutem Vertrauen' gehandelt wird) geht. Die Rechtsprechung gibt Anlass zu Fragen betreffend die weite Auslegung insbesondere des Tatbestandmerkmals 'falsche Eigenschaft', mit der erreicht werden soll, Verfahren, in denen in 'gutem Vertrauen' gehandelt wird, zu schützen. Andererseits gerät der Aspekt der Wachsamkeit des Verletzten in den Vordergrund. Der letztgenannte Aspekt erlangt im Kausalzusammenhang zwischen der Anwendung eines betrügerischen Mittels und des erzielten Ergebnisses Bedeutung. Im Rahmen der Erörterung des Kausalzusammenhanges werden zum einen die verschiedenen Kausalitätsansätze beim Betrug behandelt. Zum anderen erfolgt eine Darstellung der Komplikationen bei Kausalitätsketten.

Das 'Bewegen' ist nicht ohne die 'Absicht der widerrechtlichen Vorteilsverschaffung' strafbar. Die Untersuchung geht hier zunächst auf die besondere Bedeutung der

‘Deliktsabsicht’ ein. Danach werden der Aspekt der Widerrechtlichkeit und die Art und Weise, wie die Rechtsprechung mit dem Phänomen ‘Selbsthilfe’ umgeht, behandelt. Die Unangemessenheit des Gebrauchs der eingesetzten Mittel einerseits und eventuelle Rechtsansprüche auf den erzielten Vorteil andererseits geraten hier in einen Konflikt. Nach der Behandlung des Ergebnisses des aufgrund des ‘Bewegens’ eingetretenen Erfolges wird das Kapitel mit einer Darstellung der Versuchslehre abgeschlossen. Offensichtlich hängt die Frage, ob im jeweiligen Fall ein Versuch vorliegt, eng mit der Frage zusammen, ob eines der im Gesetz genannten Mittel angewendet wurde.

Im fünften Kapitel wird die Untersuchung der Abgrenzungsproblematik zwischen Fälschungs- und Betrugsdelikten fortgesetzt. Mit Hilfe anderer Disziplinen (Informationstechnologie, Sprach- und Literaturwissenschaften) werden Fälschung und Betrug ausgehend von den in der Sprache gebräuchlichsten Formen gegeneinander abgegrenzt. Auf Grundlage der - mit Hilfe der Informationstechnologie - herausgefilterten (nicht-strafrechtlichen) Substrate der Begriffe Fälschung und Betrug wird die strafrechtliche Ausformung beider Begriffe sichtbar gemacht. Die informationstechnologischen Definitionen machen ferner deutlich, daß Betrug nicht ohne Fälschung vorliegen kann, während umgekehrt die Fälschung sehr wohl für sich allein bestehen kann. Eine Erläuterung der kommunikativen Aspekte von Fälschung und Betrug gelangt im Ergebnis dazu, beim Betrug (bei dem sich der kommunikative Aspekt stark manifestiert) den Ansatz über die Pragmatik (Teil der Semiotik) zu wählen. Im Rahmen dieser Darlegungen wird die für den Betrug charakteristische Wechselbeziehung zwischen Opfer und Täter hervorgehoben. Betrug wird hier als eine ‘pervertierte Sprechhandlung’ beschrieben. Auf diese Weise wird die Stellung des Betrogenen und damit wiederum der Aspekt der Wachsamkeit gegenüber dem Betrug ins Blickfeld gerückt.

Das sechste Kapitel analysiert sozialökonomische Verschiebungen und ihre Folgen für den Betrug. Einen dominierenden Gesichtspunkt bildet hier die Wehrhaftigkeit gegenüber dem Betrug. Ausgerüstet mit den im fünften Kapitel gewonnenen Erkenntnissen wird die Rechtsprechung zum Betrug gem. Art. 326 nStGB aus der umfassenderen Perspektive der Bedeutung des Strafrechts in heutiger Zeit und des Verhältnisses zwischen Verantwortlichkeit und Haftung einer eingehenderen kritischen Prüfung unterzogen. Befürwortet wird ein mehr individualisierender Ansatz beim Betrug, da das ursprünglich vom Gesetzgeber angewandte - generalisierende - Kriterium des ‘durchschnittlich achtsamen Bürgers’ nicht mehr haltbar ist. In diesem Zusammenhang befürwortet der Verfasser eine gewissenhafte Überwachung der Einhaltung der Haftungsgrenzen beim Betrug. Ausgangspunkt muß bleiben, daß der Täter eine Wachsamkeitsbarriere überwindet. Die Situationen, in denen in sog. gutem Vertrauen gehandelt wird, dürfen dementsprechend vom Richter nicht zu leicht als unverrückbar vorgegeben angesehen werden. Nicht nur aus gesetzensystematischen Gründen, sondern auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Rechtspolitik in den letzten Jahren die Eigenverantwortlichkeit der Rechtsgenossen betont, wird versucht, einer zu großen Ausweitung der strafrechtlichen Haftung beim Betrug ein

Zusammenfassung

Gegengewicht entgegenzusetzen. Ein sparsamer Umgang mit dem Strafrecht bringt es mit sich, daß nicht jeder, der sich dafür entscheidet, sich 'im guten Vertrauen' mit einem anderen einzulassen, automatisch strafrechtlichen Schutz erhält, wenn das von ihm in den anderen gesetzte Vertrauen enttäuscht wird.

Im siebten Kapitel erhält der mehr individualisierende Ansatz eine dogmatische Grundlage. Der dargestellte Ansatz zeigt sich vor allem bei der Feststellung des Kausalzusammenhangs. Eine Variante der 'Lehre' von der angemessenen Zurechnung (redelijke toerekening) muß die stark generalisierende klassische Lehre von der adäquaten Verursachung ersetzen. In diesem Kapitel werden ferner Probleme behandelt, die sich aus dem Absichtsmerkmal in Artikel 326 nStGB ergeben. In Übereinstimmung mit den modernen Auffassungen zur Handlung wird angesichts der überzogenen Anforderungen, die der Absichtsbegriff stellt, und der (dadurch entstandenen) Fehleinschätzung seiner spezifischen Bedeutung durch die Rechtsprechung vorgeschlagen, dieses Tatbestandsmerkmal durch den Begriff 'Vorsatz' zu ersetzen. Ferner wird zur Überwindung der im vierten Kapitel angedeuteten Probleme vorgeschlagen, das Merkmal 'widerrechtlich' dogmatisch anders, und zwar als Strafminderungsgrund sui generis einzuordnen.

Die Verflechtungen zwischen Fälschungs- und Betrugsdelikten sind von je her problematisch gewesen. Jeder Versuch, eine endgültige Abgrenzung zwischen Fälschung und Betrug vorzunehmen, muß scheitern. Mit dieser ernüchternden Feststellung beginnt das achte und gleichzeitig letzte Kapitel. Die jüngsten Gesetzesentwürfe (Parlamentsdrucksache 21 186) bestätigen, daß diese Feststellung nichts an der Notwendigkeit ändert, von Zeit zu Zeit eine Neuordnung vorzunehmen, wenn die Entwicklung dies erfordert. Die Vorschläge zur Neufassung von Teilen der Titel 'Fälschung' und 'Betrug' (insbesondere die Fälschung von Schriftstücken gem. Art. 225ff nStGB gegenüber dem Betrug gem. Art. 326 nStGB), die in einer sog. zweiten Phase Gestalt annehmen sollen, bilden die Grundlage für eine Nachbetrachtung. Zwar wird die Grundaussage des Entwurfs, die Fälschung von Schriftstücken als 'publica fides delict' zu neuen Ehren kommen zu lassen, vom Verfasser geteilt. Dessen ungeachtet enthält die Arbeit einige kritische Randbemerkungen zu den vorliegenden Reformvorhaben.

Lijst van aangehaalde literatuur

- | | |
|---|--|
| Abels, I.M./Nijboer, J.F. | - Vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging in verband met de bescherming van vrijspraak in cassatie, RM Themis 5 (1983), p. 445-455. |
| Ankum, J.A./Hartkamp, A.S. | - Romeinsrechtelijk handwoordenboek, Zwolle, 1973 |
| Anneveldt, E.J. | - Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien?, Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1962, Zwolle 1962. |
| Asscher B.E./Simons, D. | - Het nieuwe Wetboek van Strafrecht vergeleken met de Code Pénal, 's-Gravenhage, 1886. |
| Austin, J.L. | - Performatieven en constatieven, in: Studies over taalhandelingen (red.: F.H. van Eemeren en W.K.B. de Koning), Meppel/Amsterdam 1981, p. 29-40. |
| Bakker, F.C. | - Valsheid in geschrift, diss. Groningen, Arnhem 1985. |
| Bal, P. | - Dwangcommunicatie in de rechtszaal, diss. Utrecht, Arnhem 1988. |
| Bemmelen, J.M. van | - De strafwetgever tegen de onwaarheid, NJB 1938, p. 268-282 en 297-308. |
| | - Wederrechtelijke bevoordeling, NJB 1972, p. 287-289. |
| Bemmelen, J.M. van/
Hattum, W.F.C. van | - Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, twee delen, Arnhem/'s-Gravenhage 1954. |
| Bemmelen, J.M. van/Veen,
Th.W. van | - Het materiële strafrecht, Bijzondere delicten, Alphen aan de Rijn 1987. |
| Bentfort van Valkenburg, J. | - Art. 326 Wetboek van Strafrecht beschouwd in het licht der praktijk, diss. Leiden, Leiden 1911. |
| Berents, D.A. | - Het werk van de vos, samenleving en criminaliteit in de middeleeuwen, Zutphen 1985. |

Aangehaalde literatuur

- Bergh, G.C.J.J. van den
- Binsbergen, W.C. van
Bos, J.T.K.
- Bosch, A.G.
- Brants, C.H./Brants,
K.L.K.
- Brouns, P.J.H.M.
- Buiting, Th.J.B.
Bunt, H.G. van de
- Coopmans, J.P.A.
- Corstens, G.J.M.
- Cort van der Linden, J.R.A.
- Dale, van
Damhouder, J. de
- Dijk, T.A. van
Donk, W.A. van der
- Doorn, J.A.A. van
- Duisterwinkel, G.
- Ebbinge Wubben, C.H.
- Recht en taal, Preadvies voor Jaarlijkse algemene vergadering Koninklijke Notariële Broederschap, Deventer 1979.
 - Poenaal panorama, Zwolle 1986.
 - Het schuldordeel als machtswoord, *Recht en Kritiek* 8 (1982).
 - Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht, diss. Leiden, Zwolle 1965.
 - De sociale constructie van fraude, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem 1991.
 - Opzet in het wetboek van strafrecht, diss. Groningen, Arnhem 1988.
 - Strafbare poging, diss. Utrecht, Utrecht 1965.
 - Is het strafrecht in de handhaving van milieurecht ultimum redmedium? in: *Facetten van economisch strafrecht* (red.: M. Wladimiroff), Arnhem 1990, p. 85-102.
 - Vrijheid en gebondenheid van de rechter vóór de codificatie, in: *Rechtsvinding, opstellen aangeboden aan J.M. Pieters*, Deventer 1970, p. 71-109.
 - Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1984, Zwolle 1984.
 - Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel, diss. Leiden, 's-Gravenhage 1881.
 - Etymologisch Woordenboek, Antwerpen 1990
 - Practijcke ende handbouck in criminele zaeken, Roeselare 1981 (herdruk van Leuven 1555).
 - Taal en handelen, Muiderberg 1978
 - Rondom den regel 'nulle poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullem crimen sine poena legali', *TvS* 1935, p. 337-399.
 - De verzorgingsmaatschappij in de praktijk, in: *De stagnerende verzorgingsstaat* (red.: J.A.A. van Doorn en C.J.M. Schuyt), Meppel 1982, p. 17-46.
 - Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht, diss. Amsterdam (VU), Groningen 1948.
 - Middelnederlandsch Handwoordenboek, 's-Gravenhage 1979.

- Eck, D. van
- Causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht, diss. Nijmegen 1947, Utrecht/ Nijmegen 1947.
- Eemeren, F.H. van/
Koning, W.K.B. de
- 'Ten geleide' in: Studies over taalhandelingen (red.: F.H. van Eemeren en W.K.B. de Koning), Meppel/ Amsterdam 1981, p. 11-28 .
- Escher, H.
- Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung, Zürich 1840.
- Feuerbach, P.J.A. von
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts (bewerkt door C.J.A. Mittermaier), 1847.
- Franken, H.
- Aansprakelijkheid voormisbruik van informatie, in: Dilemma's van aansprakelijkheid (red.: A.M. Hol en M.A. Loth), Zwolle 1991, p. 73-88.
- Frenkel, F.E.
- De onwetenschappelijkheid van het strafrecht, diss. Amsterdam, Groningen 1988.
- Garraud, R.
- Traité théorique et pratique du droit pénal Français, Paris 1935.
- Geertz, C.
- Interpretation of cultures, New York 1973.
- Gerbenzon, P./Algra, A.E.
- Voortgangh des reches, Alphen aan de Rijn 1979.
- Glastra van Loon, J.F.
- Norm en handeling, Groningen 1987 (herdruk).
- Greve, V.
- The Danish Approach, in EC Fraud (red.: J. van der Hulst), Deventer/Boston 1993, p. 39-45.
- Grice, H.P.
- Logica en gesprek in: Studies over taalhandelingen (red.: F.H. van Eemeren en W.K.B. de Koning), Meppel/Amsterdam 1981, p. 235-255.
- Groenhuijsen, M.S.
- Schuld en boete, een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid in: Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit (red.: M.A.P. Bovens, C.J.M. Schuyt en W.J. Witteveen), Zwolle 1989, p. 43-62.
- Groenhuijsen, M.S./
Wiemans, F.P.E.
- Van electriciteit naar computercriminaliteit, Arnhem 1988.
- Gunsteren, H.R. van
- Burgerschap en verantwoordelijkheid in: Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit (red.: M.A.P. Bovens, C.J.M. Schuyt en W.J. Witteveen), Zwolle 1989, p. 101-111.
- Hamel, G.A. van
- Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht, Haarlem/'s-Gravenhage, 1927 (bijgewerkt door J.V. van Dijk).
- Hart, A.C. 't
- Strafrecht en beleid, Leuven 1984.

Aangehaalde literatuur

- Harteveld, A.E./Knigge, G.
Hattum, W.F.C.van/
Bemmelen, J.M. van
- Hazewinkel-Suringa, D./
Rommelink, J.
- Heide, J. ter
- Heijder, A.
- Homburg, G.H.J.
- Hugenholtz, P.B.
- Hullu, J. de
- Hulsman, L.H.C.
- Jescheck, H.H./Ruß, W./
Willms, G.
- Jong, D.H. de
- Jonkers, W.H.A.
- Kaspersen, H.W.K.
- Kattouw, M./Nijboer, J.F.
- Taal en teken, DD 21 (1991), p. 111-133.
 - Hand- en leerboek van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, tweedelen, Arnhem/'s-Gravenhage 1954.
 - Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht, Alphen aan de Rijn 1991.
 - Vrijheid. Over de zin van straf, diss. Leiden, Den Haag 1965.
 - Nullem crimen sine lege? in: Non sine causa, opstellen aangeboden aan G.J. Scholten, Zwolle 1979, p. 137-153.
 - Bestrijding en preventie van fraude; informatie, organisatie en sturing in: Fraude, Juridische verkenningen (WODC) 1 (1993), p. 8-34.
 - Auteursrecht op informatie, diss. Amsterdam (UvA), Deventer 1989.
 - Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?, oratie, Arnhem 1993.
 - Handhaving van recht, oratie, Deventer 1965.
 - Waarover beslist men in het strafrechtelijke systeem? in: Beginselen, opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder, Arnhem 1981, p. 107-116.
 - Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Berlin/New York 1988.
 - De tenlastelegging, in: Leerstukken van strafprocesrecht (red.: G. Knigge), Groningen 1991, p. 39-65.
 - De macht van de telastelegging in het strafproces, diss. Groningen, Arnhem 1981.
 - Het strafrechtelijke schuldverwijt, in: Gedenkboek honderd jaar wetboek van strafrecht, Arnhem 1986, p. 222-241.
 - Strafbbaarstelling van computermisbruik, diss. Amsterdam (VU), Antwerpen/Deventer 1990.
 - Hoe crimineel is AIDS? in: AIDS in het recht (red: J.K.M. Gevers, S.M.S.M. van Goor, J.F.L. Roording, H.D.C. Roskam Abbing), Nijmegen 1990, p. 5-23.

- Keessel, D.G. van der
- Kempermann, E.
- Knigge, G.
- Koers, A.W.
- Kruithof, C.L.
- Kunkel, W.
- Liszt, F. von
- Loth, M.A.
- Loth, M.A./Hol, A.M.
- Lorentz, K.
- Luhmann, N.
- Machielse, A.J.M.
- Machielse, A.J.M./
Schaffmeister, D.
- Matthaeus, A.
- Meadows, A.J./Gordon, M./
Singleton, A.
- Praelectiones ad jus criminale (Lectures on criminal law), Capetown/Wijnberg/Johannesburg, volume I, 1969.
 - Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1937, p. 126-157.
 - Doen en laten; enkele opmerkingen over dader-schap, DD 22 (1992), p. 138-154.
 - Informatie, informatica en juristen, Alphen aan de Rijn/Brussel 1987.
 - Onwetendheid en sociaal gedrag, diss. Tilburg, Deventer 1975.
 - Geschiedenis van het Romeinse recht, Antwerpen 1977.
 - Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1914.
 - Handeling en aansprakelijkheid in het recht, diss. Leiden, Arnhem 1988.
 - Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht, in: De schets nader bekeken: beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer (red.: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder en J. Remmelink), Arnhem 1992, p. 21-31.
 - Aansprakelijkheidsrecht en maatschappelijke ontwikkelingen, in: Dilemma's van aansprakelijkheid (red.: A.M. Hol en M.A. Loth), Zwolle 1991, p. 1-5.
 - Onze laatste kans, Amsterdam/Brussel 1984 (vertaling).
 - Vertrauen, Stuttgart 1973.
 - Delicten wetboek van strafrecht, in: Kroniek van het strafrecht 1991 (red.: M. Barels en G.J.M. Corstens), Arnhem 1992, p. 30-40.
 - Onrecht en zorgplicht in: De schets nader bekeken: beschouwing naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer (red.: M.S. Groenhuijsen, G.E. mulder en J. Remmelink), Arnhem 1992, p. 33-52.
 - De criminibus (On crimes), Capetown/Wetton/Johannesburg 1987.
 - Woordenboek Nieuwe Informatietechnologie, Utrecht 1985.

Aangehaalde literatuur

- Modderman, W.
- Mommsen, Th.
Mommsen, Th./Krueger P.
Monté Ver Loren, J.P.H. de
- Nieboer, W.
- Nieboer, W./Strijards,
G.A.M.
- Nieuwenhuis, J.H.
- Nijboer, J.F.
- Nijboer, J.F./Wemes, L.T.
- ~ Noyon, T.J./Langemeijer,
G.E./Remmeling, J.
- Ortloff, H.
Peters, A.A.G.
- Pompe, W.P.J.
- Polenaar, B.J./
Heemskerk, Th.
- Rasch, B.L.
- Roos, Th. de
- Schaffmeister, D.
- Schaffstein, F.
- Handboek voor het Romeinse recht (bewerkt door P.A.Tichelaar), deel III, Groningen 1907.
 - Römisches Strafrecht, Graz Oostenrijk 1955.
 - Corpus Iuris Civilis, Institutionis, Digesta, 1963.
 - Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling (bewerkt door J.E. Spruit), Deventer 1982.
 - Wetens en willens, oratie, Arnhem 1978.
 - Schets materieel strafrecht, Arnhem 1991.
 - Toerekening van gevolgen in het strafrecht, in: Beginselen, opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder, Arnhem 1981, p. 227-243.
 - Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden, Deventer 1979.
 - Naar een vrije bewijsregeling?, DD 12 (1982), p. 182-192.
 - De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving, Groningen 1987.
 - Schuldbegrip en schuldbeginself als oriënteringspunten in het strafrecht, Recht en Kritiek 15 (1989), p. 363-383.
 - Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme, Arnhem 1990.
 - Het wetboek van strafrecht (losbladig commentaar), Arnhem.
 - Lüge, Fälschung, Betrug, Jena 1862.
 - Opzet en schuld in het strafrecht, diss. Leiden, Deventer 1966.
 - Handboek van het Nederlandse strafrecht, Zwolle 1959.
 - Het wetboek van strafrecht, deel II, Amsterdam 1881.
 - Bijdrage tot de leer van bedrog en valsheid, diss., 's-Gravenhage 1854.
 - Strafbbaarstelling van economische delicten, diss. Utrecht, Arnhem 1987.
 - Fraudebestrijding zonder grondslag in: Gielebundel, Deventer 1990, p. 573-595.
 - Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, Aalen 1973 (herdruk van 1930-1932).

- Schaik, Th.E.E. van
- Schalken, T.M.
- Schooneveld, M.
- Schwitters, R.
- Simons, D.
- Sleurink, H.
- Smidt, H.J.
- Spruit, J.E./Bongenaar,
K.E.M.
- Strijards, G.A.M.
- Veen, Th.W. van
- Vegter, P.C.
- Vellinga, W.H.
- Verheul, J.M.
- Vermunt, D.J.P.M.
- Vries, W. de
- Wattel, P.J.
- Wielant, Ph.
- Oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd, diss. Utrecht, Nijmegen 1946.
 - Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen, oratie, Arnhem 1987.
 - Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal) met aantekeningen, 's-Gravenhage 1876.
 - Afscheid van schuld, niet zonder risico, Recht en kritiek 12 (1986), p. 131-175.
 - Aantekeningen op de artikelen 225-227 van het wetboek van strafrecht, TvS V (p. 47-75 en 153-183).
 - Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, deel II, Groningen 1929.
 - Hoe fraude de samenleving bedreigt, Arnhem 1982.
 - Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, Haarlem 1881-1886.
 - Gaius en Paulus, Zutphen 1884 (vertaling).
 - Facetten van dwaling in het strafrecht, diss. Tilburg, Arnhem 1983.
 - Aansprakelijkheidsgronden, Zwolle 1988.
 - Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid: de rechter aan zijn grens, R.M. Themis 1971, p. 3-7.
 - Facet-wederrechtelijkheid, NJB 1972, p. 466-469.
 - Het functioneren van de rechtspleging, in: Strafrechtspleging onder spanning, Arnhem 1981, p. 1-7.
 - Oplichting, in: Fraudedelicten (red.: P.A.M. Mevis en P.C. Vegter), Zwolle 1990, p. 36-42.
 - Voorzienbaarheid en redelijke toerekening, DD 10 (1980) p. 100-117.
 - Fraude en misbruik in de sociale zekerheid, diss. Nijmegen, Deventer 1989.
 - Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek, diss. Nijmegen, Arnhem 1984.
 - Dienen de bepalingen omtrent bedrogsdelicten in het Wetboek van Strafrecht en andere wetten te worden herzien? Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1962, Zwolle 1962.
 - Fiscaal straf- en strafprocesrecht, Deventer 1989.
 - Practijcke criminele, Gent 1872.

Aangehaalde literatuur

- Wiemans, F.P.E.
- Computerfraude en valsheid in geschrift, Trema 1988, p. 304-309 en 1989 p. 213-217.
 - Het wetsvoorstel Computercriminaliteit; Algemeen deel en materieel strafrecht in: Computercriminaliteit, commentaren op het wetsvoorstel computercriminaliteit (red.: F.P.E. Wiemans), Maastricht 1991, p. 23-47.
- Winkel, H.
- Een pleidooi tot herziening van de regeling van het strafrechtelijk bedrog, NJB 1960, p. 23-47.
- Witteveen, W.J.
- De retoriek in het recht, over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie, diss. Leiden, Zwolle 1988.
- Woensel, A.M. van
- In de daderstand verheven, diss. Amsterdam (UvA), Arnhem 1993.
- Wunderlich, D.
- De conventionaliteit van taalhandelingen, in: Studies over taalhandelingen (red.: F.H. van Eemeren en W.K.B. de Koning), Meppel/Amsterdam 1981, p. 113-144.
- Zeegers, W.
- De oplichter, Utrecht 1959.
- Zevenbergen, W.
- Leerboek van het Nederlands Strafrecht I, Groningen/'s-Gravenhage 1924.

Rapporten enz.

- Strafwetgeving van de negentiende eeuw, uitgave van de vakgroep strafrechtswetenschappen, Katholieke Hogeschool Tilburg 1985, onder redactie van Y.G.M. Baaijens-van Geloven e.a.
- Notulen Commissie-De Wal, Staatscommissie voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht '1870/1876', uitgave van de vakgroep strafrecht, Katholieke Hogeschool Tilburg, 1976, onder redactie van A.J.A. van Dorst e.a.
- Recht in beweging, een beleidsplan voor Justitie in de komende jaren, 's-Gravenhage 1990.
- Informatietechniek en strafrecht, Rapport van de Commissie computercriminaliteit onder voorzitterschap van H. Franken, 's-Gravenhage 1987.
- Beleidsplan Samenleving en Criminaliteit, 's-Gravenhage 1985
- ISMO-rapport, Rapport van de interdepartementale stuurgroep Misbruik en Oneigenlijk gebruik, 's-Gravenhage 1981.

Zakenregister

adequate veroorzaking (zie causaliteit)	
afdreiging	IV.2.1
afgifte	III.3.1, IV.2.5
- bewegen tot	III.3.1, IV.2.1
- dwingen tot	IV.2.5
afleveren (voorhanden hebben)	I.1
afpersing	II.2, II.3, III.3.4, IV.2.1.
	IV.2.5
automatisering	IV.2.3.4, VI.3.2
bankbiljetten	III.3.2
bedrog	
- door verzwijging	V.3
- door ware mededelingen	V.3
- eenvoudig	III.3.1
- effectief	III.3.1
- gekwalificeerd	III.3.1
- civielrechtelijk	III.5
- mede-oorzaak	VII.3
- taalkundig	I.4.1., I.4.2., II.1., III.3.1
- wederkerigheid	V.4.1, VI.5.1
benadelen	II.3, III.3.1.,
	III.3.2, III.3.3.4, IV.2.5,
	VII.6.3.3
- eigen schuld benadeelde	III.5
- eigen verantwoordelijkheid benadeelde	III.5, VI.4.1, VI.4.2, VI.5.5
- mogelijkheid van	III.3.1, III.3.2, VII.6.3.3
- toerusting benadeelde	VI.5.5, VI.5.6
betekenisvelden	III.3.5.2.1, IV.2.5
bevoordeling	III.3.2, III.3.3.4, III.3.7,
	VII.6.3.3
- wederrechtelijkheid van	IV.2.4.2
- oogmerk van	III.3.3.4
bewijsbestemming	III.3.5.1, VIII.3, VIII.4.1,
	VIII.4.2

Zakenregister

bezit

- van valsheid
- van voorwerpen voor vervaardigen van valsheid

III.3.2

boodschap (informatietechnologie)

III.3.2

causaliteit

V.4.1

- adequate veroorzaking
- conditio sine qua non
- generalisering
- individualisering
- psychische
- redelijke toerekening
- relevantieer

I.2, I.3, III.3.6, IV.2.1,
IV.2.2.1, IV.2.3.1, IV.2.3.2,
VII.1, VII.3, VII.4, VIII.4.3
IV.2.3.2, VII.4

communicatie

- als factor bij bedrog en valsheid
- geformaliseerd i.t.t. persoonlijk
- wederkerigheid

III.3.6, IV.2.3.2, VII.4

VII.1, VII.4, VII.5

VII.1, VII.4, VII.5

III.3.6, IV.2.3.4

IV.2.3.2, VII.5

III.3.6

computercriminaliteit

V.1, V.2.1

concurfus idealis

V.2.3

conditio sine qua non (zie causaliteit)

V.2.3, VIII.2

continuatie-oogmerk

V.3, V.4.1, V.5

consumptie (zie samenloop)

IV.2.3.4

criminele politiek

VIII.2

deelneming

- doen plegen
- functioneel daderschap
- medeplegen
- medeplichtigheid
- uitlokking

III.3.3.4, IV.3

VI.5.4

IV.2.3.3

IV.2.3.3

VII.3 (noot)

VII.3, VIII.5

VI.5.5 (noot)

dessein de nuire

III.3.2

diefstal

III.3.4, IV.2.1, IV.2.2.2,

IV.2.5, VI.5.1

- furtum

II.2, II.3, II.4

dolus

I.2, I.3, II.2, II.3, III.3.2,

III.3.3.4, VII.1, VII.6.1,

VII.6.3.2

- actio doli

II.2

- begrip

VII.6.2

- bewijs

III.5, VII.6.2

- impliciete

VII.6.4

doodslag

VI.5.1

dwaling	III.3.1, IV.2.4.3, VII.6.3.3, VII.6.4
- omtrent de feiten	IV.2.4.3 (noot)
- rechts-	IV.2.4.3 (noot)
escroquerie	II.3, III.3.1
etymologie	II.1
falllere (falsus, falsum)	II.1, II.2, II.3
- quasi falsa	II.2
finaliteit	IV.2.4.2 (noot), VII.6.3.2, VII.6.3.3
flessentrekkerij	III.4, III.5, IV.2.2.2, VI.4.2, VI.5.5
fraude	I.1, I.4.1
functioneel ouderschap	IV.2.3.3
gamerules (zie ook goalrules)	VI.5.5, VII.5, VII.6.3.3
gebruiken (van valse geschriften etc.)	II.3, III.3.2
gedraging	
- individuele dimensie	VII.6.3.2
- intentionele	VII.6.3.2
- sociale dimensie	VII.6.3.2
- opvatting over	VII.6.3.2
gegevens (zie ook informatie)	V.2.1
geldautomaat	IV.2.5
gemeingefährlich	III.3.3.1
geschriften	III.3.2, III.3.5.2.2, V.4.2, VI.5.3, VIII.2
- eenvoudig	III.3.2
- gekwalificeerd	III.3.2
- bewijsbestemming van	III.3.2
goalrules (zie ook gamerules)	VI.5.5, VII.5, VII.6.3.3
handeling (zie gedraging)	
informatie (zie ook gegevens)	V.2.1
informatiedefinities	V.2.1
informatietechnologie	V.1, V.2
kapstokartikel	
- artikel 225 als	VIII. 3, VIII.5 (noot)
kostenaspect	VI.5.7
kunstgrepen	III.3.5.1
- listige	III.3.5.1, III.3.5.2.2, IV.2.1, IV.2.2.1, IV.2.2.2, V.2.2, VIII.4.1
kwade trouw	IV.2.2.2, VI.5.2, VII.2
kwalificatie-oogmerk	III.3.3.4, IV.3

Zakenregister

leugen	
- eenvoudige	III.3.5.1
- gekwalificeerde	IV.2.2.1
lex certa	IV.2.2.2, VII.2
linguïstiek	V.1
manoeuvres frauduleuses	III.3.5.1, III.3.5.2.2
meineed	III.3.3.1, III.3.4
merken	III.3.2, III.3.3.2, V.4.2
misbruik van vertrouwen	III.3.4
mishandeling	VI.5.1
misinformatie	V.2.1, V.2.3
misleiding	I. 1, II.1, II.2, II.3, III.3.2, III.3.5.1, III.3.5.2.1, IV.2.2.2
- bescherming tegen	III.3.5.1
- gekwalificeerde	III.5, VI.5.5
- oogmerk van	III.3.3.4
- reclame	V.1
motief	
- grensprobleem met oogmerk	III.3.4, VII.6.3.1
munten	II.2, III.3.2, III.3.3.2, III.3.5.2.2, V.4.2, VI.5.3
nadeel	
- mogelijkheid van	II.3, III.3.2
- toebrengen van	II.3
- werkelijk vermogens-	III.3.1
- wetenschap van	III.3.2
natuurrecht	II.3
novellen	III.4, III.5, IV.2.2.2, VI.5.5
oogmerk	III.3.3.1, III.3.3.3, III.3.7, IV.2.1, VII.6.3.2, VII.6.3.3
- begrip en bewijs	VII.6.3.3
- bewijs van bijkomend -	III.5
- continuatie	III.3.3.4, IV.3
- gericht op wederrechterlijkheid	IV.2.4.3
- grensprobleem met motief	III.3.3.4, VII.6.3.1
- kwalificatie	III.3.3.4, IV.3
- van misleiding	III.3.3.4
- van wederrechtelijke bevoordeling	III.3.3.4, IV.2.4, IV.2.5, VII.6.3.1
oplettendheid (zie waakzaamheid)	
oplichting	
- als vermogensdelict	VIII.4.2
- en afpersing	III.3.4
- en diefstal	II.3, III.3, IV.2.3.4, IV.2.5

- en verduistering	III.3.4, IV.2.2.2
- generalisering	VII.1, VII.4
- goede trouw	VI.4.1
- individualisering	VII.1, VII.4, VII.5
- klassieke gevallen van	V.3, VI.3.3, VI.5.2, VII.1, VII.6.4
- moderne gevallen van	IV.2.2.3, V.3, VI.3.3, VI.5.2, VII.1, VII.2, VII.4, VII.6.4
- van rechtspersoon	IV.2.3.4
oplichtingsmiddelen	III.3.5.2, IV.2.2.2, VII.3
- inhoudelijke betekenis	IV.2.2.2
- kwalitatieve grens	VII.2
- semantische grens	VII.2
- systematische betekenis	IV.2.2.1
- valsheid als	VIII.3
opportuniteitsbeginsel	VI.4.2, VIII.4.1
opzet (zie ook dolus)	VII.6.3.1, VII.6.3.3
- leerstuk van	III.3.3.4
- bewijs van	VII.6.4
opzettelijk	VII.6.3.3, VII.6.4
paix publique	II.3
poging	III.3.1, III.3.3.1, IV.3
- tot oplichting	III.3.5.1, IV.3
pragmatiek	V.1, V.3
programma (informatietechnologie)	V.2.1
publica fides	II.3, III.3, VIII.4.1, VIII.4.3
redelijke toerekening	IV.2.3.2, VII.5
- als toetsingscriterium	VII.5
- als vaststellingscriterium	VII.5
rechtsbelangen	
- particulier	VI.5.3
- publiek	VI.5.3
- openbare orde	VI.5.3
- vermogens-	III.3.3.1, VI.5.3
rechtsdwaling	IV.2.4.3
reispas	III.3.5.2.2
relevantie (zie causaliteit)	
samenloop	
- consumptie	VIII.4.1
- eendaadse	IV.2.3.4, VIII.2, VIII.4.1
- meedaadse	VIII.2
- materiële valsheid en oplichting	III.3.3.1
- specialiteit	VIII.2, VIII.3, VIII.4.1
- voortgezette handeling	VIII.2

samenweefsel van verdichtfels	III.3.5.1, III.3.5.2.2, III.5, IV.2.1, IV.2.2.1, IV.2.2.2, IV.2.4.2, V.2.2
samenwerkingsprincipe	V.3
schuld	VII.6.3.2 (noot)
schuldleer	III.3.3.4
specialiteitsverhouding (zie samenloop)	
spelregels (zie ook gamerules)	V.3
stellionatus (stellionaat)	II.2, II.3, II.4
straftoemeting	VI.4.2, VIII.4.3
strafuitsluitingsgrond	IV.2.4.3, VII.7
strafverminderinggrond	IV.2.4.3, VII.7, VIII.5
subsidiariteitsbeginsel	VI.4.2
taalhandeling	V.3
- geperverteerde	V.3
taalhandelingssequentie	V.3
taalluitingen	V.3
- handelingskarakter	V.3
tenlastelegging	
- grondslag van de	VIII.2 (noot), VIII.4.1
tekst	V.4.1
ultimum remedium	
- van de strafbedreiging	VI.4.2
vals	
- aannemen van een valse hoedanigheid	II. 2, III.3.5.2.2, IV.2.1, IV.2.2.1, IV.2.2.2, VI.5.6, VII.3
- aannemen van een valse naam	III.3.5.2.2, IV.2.1, IV.2.2.1, IV.2.2.2, VI.5.6, VII.2
- taalkundig	I.4.1, I.4.2, IV.2.2.2, onder A
valse hoedanigheid	III.5, V.2.2, VI.5.6, VII.2, VIII.4.3
valse naam	IV.2.2.2, V.2.2, VI.5.6
valse sleutels	IV.2.2.2
valselijk	
- opmaken	III.3.3.2
valsheid	
- als onderdeel van bedrog	VIII.2
- als oplichtingsmiddel	VIII.3
- gebruiken	I.4.2, III.3.2, III.3.3.1, VIII.4.1
- gevaarzettingsdelict	III.3.3.1
- gevolgsdelict	III.3.3.1

- gevolgen van	III.3.2
- in bezit hebben	III.3.2
- intellectuele	III.3.3.2
- materiële, gematerialiseerde	III.3.3.2, VIII.2
- taalkundig	III.3.1
- vervaardigen van	III.3.2
- voorbereidingshandeling	III.3.2
- voorwerpen voor vervaardigen valsheid	III.3.2
verdichtsels	
- samenweefsel van	III.3.5.1, III.3.5.2.2, III.5, IV.2.1, IV.2.2.1, IV.2.2.2, IV.2.4.2, V.2.2
verduistering	II.2, III.3.4, IV.2.1, VI.5.1 (noot), VII.6.2 (noot)
vertrouwen	V.2.3, VIII.2, VIII.3
- functioneel	V.2.3, VI.2
- in systemen	VI.2
- misbruik (abus de confiance)	II.3
- openbaar (fides publica)	II.2, II.3, VIII.4.1, VIII.4.2, VIII.4.3
- persoonlijk	V.2.3, VI.2
vertrouwensbeginsel	V.3
vervaardigen	
- van valsheid	III.3.2
vervalsen	
- en valselijk opmaken	III.3.3.2
- geld, zegel, merk	II.3
- taalkundig	I.4.1
verzwijgen	III.4, IV.2.2.2, V.3
voorbereidingshandelingen	
- voor bedrog	III.3.3.1
- voor valsheid	III.3.2
voordeel	
- ongeoorloofd	II.2
voorhanden hebben (van valse geschriften etc.)	III.3.2
voortgezette handeling (zie samenloop)	
waakzaamheid	III.3.5.1, V.3, V.4.2, VI.1, VI.2, VI.3.2, VI.3.3, VI.4.2, VI.5.2, VI.5.3, VI.5.5, VI.5.6, VI.5.7, VI.5.9, VII.2, VII.4
waarheid	
- recht op	II.3, III.3.5.1
waarheidswaarde	V.3

Zakenregister

wanprestatie	III.5
- bewuste	III.5, VI.5.5
warenvervalsing	III.3.3.3
wederrechtelijke bevoordeling	IV.2.1
- oogmerk van	IV.2.4, IV.2.4.3, IV.2.5, VII.6.3.1
wederrechtelijkheid	III.3.7, IV.2.4, VII.1, VII.6.3.3, VII.7
- oogmerk gericht op	IV.2.4.3
- van de bevoordeling	IV.2.4.2
zegels	III.3.2, III.3.3.2, V.4.2, VI.5.3

Jurisprudentieregister

Hoge Raad 19 juni 1855	W 1783	III.3.5.2.2 (noot), IV.2.2.2
Hoge Raad 27 maart 1893	W 6327	IV.2.2.2
Hoge Raad 27 juli 1895	W 6711	III.5
Hoge Raad 27 april 1896	W 6805	IV.2.5 (noot)
Hoge Raad 1 februari 1897	W 6925	IV.2.2.2
Hoge Raad 16 juni 1902	W 7794	IV.2.2.2 (noot)
Hoge Raad 13 oktober 1902	W 7814	IV.2.4.3
Hoge Raad 6 juni 1904	W 8080	IV.2.2.2
Hoge Raad 27 juni 1904	W 8091	VIII.3 (noot)
Hoge Raad 27 november 1905	W 8305	III.5
Hoge Raad 22 januari 1906	W 8326	IV.2.4.2
Hoge Raad 5 juni 1906	W 8388	IV.2.2.2
Hoge Raad 28 juni 1909	W 8898	IV.2.2.2
Hoge Raad 25 oktober 1909	W 8916	IV.2.2.2
Hoge Raad 29 juni 1910	W 9059	IV.2.4.2 (noot)
Hoge Raad 7 juni 1911	W 9209	IV.2.3.2
Hoge Raad 18 december 1911	W 9263	IV.2.4.2
Hoge Raad 20 januari 1913	W 9453	VII.6.3.3
Hoge Raad 15 juni 1914	W 9670	IV.2.2.2 (noot)
Hoge Raad 28 augustus 1916	W 10009	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1914, p. 696 (HR)		VIII.3 (noot)
NJ 1913, p. 112 (HR)		IV.2.2.2 (noot)
NJ 1914, p. 1290 (HR)		VIII.3 (noot)
NJ 1916, p. 919 (HR)		IV.2.2.2 (noot)
NJ 1919, p. 161 (HR)		IV.2.4.3 (noot)
NJ 1920, p. 1215 (HR)		IV.2.2.2 (noot)
NJ 1922, p. 183 (HR)		IV.2.2.2 (noot)
NJ 1923, p. 20 (HR)		IV.2.3.3
NJ 1923, p. 1287 (HR)		IV.2.3.2
NJ 1926, p. 368 (HR)		IV.2.2.1 (noot), IV.2.2.2 (noot)
NJ 1926, p. 572 (HR)		IV.2.3.2
NJ 1929, p. 855 (HR)		IV.2.2.2 (noot)

Jurisprudentie

NJ 1929, p. 894 (HR)	IV.2.3.2
NJ 1929, p. 1929 (HR)	IV.2.2.2
NJ 1931, p. 1032 (HR)	IV.2.3.2 (noot), IV.2.3.4
NJ 1932, p. 1547 (HR)	IV.2.5
NJ 1933, p. 902 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1933, p. 1777 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1935, p. 52 (HR)	IV.2.2.1 (noot), IV.2.2.2 (noot)
NJ 1935, p. 55 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1936, 50 (HR)	IV.2.4.2
NJ 1936, 51 (HR)	IV.2.5 (noot)
NJ 1936, 563 (HR)	IV.2.4.2
NJ 1936, 814 (HR)	IV.2.4.2 (noot)
NJ 1936, 967 (HR)	IV.2.2.2
NJ 1937, 80 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1937, 1037 (HR)	IV.2.3.2, IV.2.4.2 (noot)
NJ 1938, 929 (HR)	IV.2.4.1, IV.2
NJ 1939, 963 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1941, 87 (HR)	IV.2.4.1
NJ 1941, 705 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1946, 380 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1949, 539 (HR)	III.3.3.1, IV.2.2.2
NJ 1950, 287 (HR)	IV.2.5
NJ 1950, 293 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1951, 554 (HR)	IV.2.2.2, VI.5.2
NJ 1952, 202 (HR)	IV.2.3.3 (noot)
NJ 1954, 368 (HR)	IV.2.3.3 (noot)
NJ 1957, 472 (HR)	VIII.3 (noot)
NJ 1963, 513 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1965, 120 (HR)	VI.5.1 (noot)
NJ 1965, 195 (HR)	IV.2.3.3, IV.2.5, IV.3 (noot)
NJ 1966, 440 (HR)	VI.5.1 (noot)
NJ 1969, 70 (HR)	IV.2.3.3
NJ 1969, 265 (HR)	IV.2.2.1
NJ 1971, 144 (HR)	IV.2.3.2 (noot), V.2.3.3 (noot)
NJ 1972, 82 (HR)	IV.2.3.2 (noot), IV.2.3.3 (noot)
NJ 1972, 120 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1972, 415 (HR)	IV.2.2.2 (noot), IV.2.3.2
NJ 1974, 114 (HR)	IV.2.2.2
NJ 1976, 186 (HR)	IV.2.2.2 (noot)

NJ 1976, 304 (HR)	IV.2.2.2 (noot), IV.2.3.2, VI.5.8
NJ 1978, 658 (HR)	IV.2.2.2, IV.2.3.2, VII.3
NJ 1979, 60 (HR)	IV.2.3.2
NJ 1981, 534 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1982, 232 (HR)	IV.2.4.1, VII.6.3.3
NJ 1983, 470 (HR)	IV.2.2.2, IV.2.2.3, V.3 (noot), VII.6.2 (noot)
NJ 1984,80 (Hof Arnhem)	IV.2.5
NJ 1985, 821 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1986, 782 (HR)	IV.2.3.2 (noot)
NJ 1987, 130 (HR)	IV.2.3.4 (noot)
NJ 1987, 84 (HR)	IV.2.2.2
NJ 1987, 418 (HR)	IV.2.2.2 (noot)
NJ 1989, 656 (HR)	IV.2.2.2
NJ 1989, 683 (HR)	IV.2.5
NJ 1991, 109 (HR)	IV.2.4.1 (noot)
NJ 1990, 801 (HR)	IV.2.2.2, IV.2.2.3, VI.5.2, VII.6.2 (noot)
NJ 1991, 110 (HR)	IV.2.4.1 (noot)
NJ 1991, 153 (HR)	IV.2.2.2, IV.2.4.2, VI.5.6
NJ 1991, 344 (HR)	IV.2.2.2
NJ 1991, 668 (HR)	IV.2.3.4
NJ 1991, 750 (HR)	IV.2.2.2, VI.5.6, VI.5.9
NJ 1992, 123 (HR)	IV.2.3.4, IV.2.5 (noot)
NJ 1992, 124 (HR)	IV.2.3.4, IV.2.5 (noot), VIII.4.3 (noot)
NJ 1992, 363 (HR)	IV.2.5
NJ 1992, 382 (HR)	IV.2.5 (noot)
NJ 1992, 592 (HR)	IV.2.2.2, VI.5.6
NJ 1992, 657 (HR)	IV.2.3.4 (noot)
NJ 1993, 101 (HR)	IV.2.5
NJ 1993, 321 (HR)	IV.3
NJ 1993, 323 (HR)	VIII.4.3 (noot)
NJB-katern 1993, p. 234, Hoge Raad 16 februari 1993	VII.6.3.3 (noot)
AA 1953(HR)1954 (IV) p. 121 ev., Hoge Raad 21 april 1953	IV.2.4.3

STELLINGEN

behorende bij het proefschrift 'Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog' van P.J. van den Hout

1. In de rechtspraak over oplichting moet het uitgangspunt gelden dat niet iedereen die voor de beleidslijn kiest om op goed vertrouwen met een ander in zee te gaan automatisch de bescherming krijgt van artikel 326 Sr als dat vertrouwen wordt beschaamd.
2. De oprekking in —onder andere— HR 20 mei 1986, NJ 1987, 130 van het bestanddeel 'valse sleutels' (als bedoeld in art. 311 lid 1, 5^o juncto art. 90 Sr) tot het onbevoegd gebruik van een sleutel die als zodanig wel bestemd is voor het openen van het bewuste slot, berust op een analogische interpretatie.
3. Artikel 326b Sr hoort thuis bij de valsheidsdelicten.
4. De recente uitbreiding van artikel 225 lid 2 Sr tot 'afleveren of voorhanden hebben' van een vals of vervalst geschrift staat op gespannen voet met de vaststelling door de wetgever (in de memorie van toelichting bij wetsontwerp 21 186) dat 'de norm die door fraudebestrijding in feite wordt gehandhaafd (...) in de delictomschrijving van artikel 225 Sr niet tot uitdrukking (is) gebracht' (naar Schaffmeister).
5. Omdat het bestanddeel 'oogmerk' bij oplichting meer rechtsbescherming suggereert dan het in de praktijk van de rechtspleging kan waarmaken, kan het beter worden vervangen door de dolusvariant 'opzet'.
6. Door scheutig gebruik te maken van buitenlandse termen veronachtzamen (te) veel Nederlandse juristen de rijkdom van hun moedertaal.
7. Het uitzetten in Nederland van de laag en traag vliegende fazant ten behoeve van de jacht zegt veel over het sportiviteitsniveau van de jagers.
8. De neiging van de wetgever om samenlevingsvormen analogisch af te stemmen op het wettelijk regiem van het huwelijk, laat weinig ruimte aan diegenen die er met reden voor kiezen juist *niet* te huwen.



In deze studie wordt het delict oplichting geanalyseerd in het bredere perspectief van de verhouding tussen valsheid en bedrog. Het probleemveld laat zich in drie deelgebieden opsplitsen. (1) Een systematische beschouwing over de verhouding tussen valsheid en bedrog in het strafrecht, in het bijzonder tot uiting komend in het delict 'oplichting', (2) een crimineel-politieke bezinning op de aansprakelijkheidsgrenzen van oplichting en (3) een dogmatische bezinning op het gebruik van (met name) de leerstukken van de causaliteit en de dolus bij oplichting. De studie bestaat uit een onderbouw en een bovenbouw. De onderbouw, die wordt gevormd door het thema van de vervlechting van valsheid en bedrog, is het fundament voor de bespreking van het delict oplichting. De rechtspraak over dit delict wordt aan een kritische waardering onderworpen. Bijzondere aandacht wordt geschonken aan als meer 'modern' aangeduide varianten van oplichting. De gedraging bestaat hier niet – zoals bij de 'klassieke' vormen – uit het in het leven roepen van omstandigheden, maar het zich aanpassen aan standen of gangen van zaken waarin per gewoonte op 'blind vertrouwen' wordt gehandeld. Moet de rechter de opstelling van de bedrogene in dit soort gevallen per definitie voetstoots als niet-discutabel gegeven in zijn beslissing verwerken? Een geheel andere kwestie is de volgende. Is het toegestaan met behulp van bijvoorbeeld een 'samenweefsel van verdichtsels' een vordering te incasseren waarop men recht heeft (het probleem van eigenrichting)? Deze en andere vragen krijgen in deze studie een dogmatische uitwerking.